

**Gutachten zur Beteiligung der Sendeunternehmen an der Geräte-
und Leermedienvergütung unter besonderer Berücksichtigung der
aktuellen Rechtsprechung des EuGH**

Im Auftrag der VG Media, Berlin

von

Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge)

o. Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht,
Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht
Direktor des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht

Inhalt

SACHVERHALT UND ALLGEMEINER HINTERGRUND	4
AUFGABENSTELLUNG	6
ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	7
RECHTLICHE WÜRDIGUNG.....	8
A. DIE REGELUNG DES § 87 ABS. 4 URHG UND IHR HISTORISCHER HINTERGRUND IM DEUTSCHEN RECHT..	8
B. DIE AUSGANGSLAGE IM EUROPÄISCHEN RICHTLINIENRECHT	9
I. INFORMATIONSGESELLSCHAFTS-RICHTLINIE.....	10
II. SONDERPROBLEM LIVE-SENDUNGEN UND DAS VERHÄLTNIS ZUR VERMIET- UND VERLEIHRICHTLINIE	12
III. ZWISCHENERGEBNIS	14
C. DIE BISHERIGE REZEPTION DER EUROPÄISCHEN VORGABEN IM DEUTSCHEN RECHT	15
I. DIE REAKTION IM II. KORB DER DEUTSCHEN URHEBERRECHTSREFORM	15
II. DIE REAKTION DER DEUTSCHEN RECHTSPRECHUNG (INSBESONDERE IM STAATSHAFTUNGSVERFAHREN WEGEN DER NICHTBETEILIGUNG DER SENDEUNTERNEHMEN AN DER KOPIERVERGÜTUNG).....	17
1) <i>Staatshaftungsverfahren der VG Media gegen die Bundesrepublik Deutschland</i>	17
2) <i>OLG Dresden in Sachen Internet-Videorecorder</i>	22
III. STAND IN DER NEUEREN LITERATUR (ÜBERBLICK)	23
IV. ZWISCHENERGEBNIS	25
D. DIE AKTUELLE RECHTSPRECHUNG DES EUGH ZUM GERECHTEN AUSGLEICH UND ZUR ANGEMESSENEN VERGÜTUNG	27
I. BISHER ERGANGENE URTEILE.....	27
1) <i>Padawan</i>	27
a) Das Urteil des EuGH	27
b) Reaktionen auf das Padawan-Urteil und seine Folgen.....	31
2) <i>Stichting de ThuisKopie</i>	33
a) Das Urteil des EuGH	33
b) Reaktionen auf das Stichting de ThuisKopie-Urteil und seine Folgen	35
3) <i>VEWA</i>	35
4) <i>Luksan</i>	37
a) Das Urteil des EuGH	37
b) Das Urteil vor dem Hintergrund der Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak: Gebot konzeptioneller Konsistenz der gewählten Vergütungslösung	41
c) Reaktionen auf das Luksan-Urteil und seine Folgen	42
5) <i>VG Wort ./ Kyocera</i>	44
6) <i>Amazon.com ./ Austro-Mechana</i>	47
II. ANHÄNGIGE VERFAHREN.....	48
III. ZWISCHENERGEBNIS	49
E. LEGISLATIVE UND RECHTSPOLITISCHE ENTWICKLUNGEN AUF EUROPÄISCHER EBENE	54
F. KONSEQUENZEN FÜR DAS DEUTSCHE RECHT	57
I. BISHERIGE ARGUMENTE IN DER DEUTSCHEN DISKUSSION IM LICHT DER AKTUELLEN EUGH-RECHTSPRECHUNG	57
1) <i>Weites Ermessen der Mitgliedstaaten?</i>	57
2) <i>Zahlungsanspruch oder auch sonstige Formen eines umfassend ausgewogenen Interessenausgleichs?</i>	58
3) <i>Kein Zahlungsanspruch aufgrund Zahlungen in anderer Form?</i>	59
4) <i>Nur geringfügiger Schaden der Sendeeinheiten?</i>	60
5) <i>Zwischenergebnis</i>	62
II. DER „SCHADEN“ DER SENDEUNTERNEHMEN IM LICHT DER UNIONSRECHTLICHEN VORGABE	63
1) <i>Struktur des Schadensbegriffs als Grundlage des gerechten Ausgleichs</i>	63
a) Teleologische Auslegung und Zusammenhang mit dem Drei-Stufen-Test.....	64
b) Systematische Auslegung im Lichte des Gesamtzusammenhangs des Unionsurheberrechts und rechtspolitische Entwicklungstendenz	68
c) Zwischenergebnis	69
2) <i>Situation der Sendeeinheiten im Lichte der unionsrechtlichen Vorgaben für den Schadensbegriff</i>	70

a)	Die wirtschaftliche Situation der Sendunternehmen.....	70
b)	Bewertung anhand des unionsrechtlichen Schadensbegriffs als Anknüpfung des Anspruchs auf gerechten Ausgleich.....	72
c)	Nochmals: Verbleibende Spielräume aufgrund von Erwägungsgrund 35 Informationsgesellschafts-Richtlinie.....	74
d)	Zwischenergebnis.....	76
III.	ERGEBNIS BEZÜGLICH DER VEREINBARKEIT DES DEUTSCHEN RECHTS MIT DER UNIONSRECHTLICHEN VORGABE DER ART. 2 LIT. E) I.V.M. ART. 5 ABS. 2 LIT. B) INFORMATIONSGESELLSCHAFTS-RICHTLINIE.....	77
IV.	KONSEQUENZEN FÜR DEN GESETZGEBER UND FÜR DIE RICHTLINIENKONFORME AUSLEGUNG BZW. RECHTSFORTBILDUNG .	78
1)	<i>Konsequenzen für den Gesetzgeber</i>	78
2)	<i>Konsequenzen für die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung</i>	79
	ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE.....	85

Sachverhalt und allgemeiner Hintergrund

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 UrhG haben Sendeunternehmen in Deutschland unter anderem das ausschließliche Recht, ihre Funksendungen auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen, Lichtbilder von ihnen herzustellen sowie solche Bild- oder Tonträger oder Lichtbilder zu vervielfältigen. Ihnen steht also ein ausschließliches Recht der Fixierung und der Vervielfältigung ihrer Sendungen zu. Dennoch sind Sendeunternehmen in ihrer Eigenschaft als Träger des eigenen Leistungsschutzrechts aus § 87 UrhG aufgrund des diesbezüglich im Wortlaut ausdrücklich eingeschränkten Verweises in § 87 Abs. 4 UrhG von einer Beteiligung an der Kopiervergütung für Privatkopien und Kopien zum sonstigen eigenen Gebrauch auf Grundlage von § 54 UrhG ausgenommen. Damit profitieren sie als einzige Leistungsschutzrechtsinhaber (mit Ausnahme der Datenbankhersteller, bei denen allerdings gemäß der abschließenden Sonderregelung der Schranken in § 87c UrhG entsprechend der diesbezüglichen Vorgabe des europäischen Rechts die Privatkopierschranke für den entscheidenden Bereich elektronischer Datenbanken ohnehin ganz ausgeschlossen ist) nicht von der Leermedien- und Geräteabgabe. Dem steht auf Seiten der Nutzer die jedenfalls in substantiellem Umfang existierende Praxis gegenüber, Fernseh- und Rundfunksendungen unter Verwendung von Audio-, Video- und DVD-Recordern, inzwischen zunehmend auch unter Nutzung von Festplatten- und sogenannten Internet-Videorecordern zum privaten Gebrauch aufzuzeichnen.

Diese Situation ist seit Jahrzehnten Anlass für rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Diskussionen und periodisch angestoßene Reformüberlegungen des deutschen Gesetzgebers, die allerdings bisher nie im Sinne einer Beteiligung der Sendeunternehmen an der Leermedien- und Geräteabgabe weiter verfolgt wurden. Zuletzt stand im Rahmen der rechtswissenschaftlichen Beiträge und gerichtlichen Auseinandersetzungen die Frage im Mittelpunkt, ob Art. 2 lit. e) i.V.m. Art. 5 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft [im Folgenden: Informationsgesellschafts-Richtlinie] eine Beteiligung an der Vergütung nach § 54 UrhG als „gerechter Ausgleich“ im Sinne der Informationsgesellschafts-Richtlinie aus europarechtlichen Gründen erfordern.

Diese Frage wurde in den maßgeblichen wissenschaftlichen Beiträgen bisher im Wesentlichen auf der Grundlage des Textes des europäischen Richtlinienrechts diskutiert. Ebenso sind die Entscheidungen des Kammergerichts (KG Berlin, Urt. v.

14.04.2009, 9 U 3/08 = GRUR 2010, 64; vorgängig LG Berlin, Urt. v. 28.11.2007, 23 O 37/07 = ZUM-RD 2008, 608) und des Bundesgerichtshofs (BGH, Urt. v. 24.06.2010, III ZR 140/09 = GRUR 2010, 924) zu der – von der europarechtlichen Zulässigkeit des derzeitigen Ausschlusses der Sendeunternehmen strikt zu unterscheidenden, mit dieser aber in Zusammenhang stehenden – Frage, ob die Bundesrepublik aufgrund der derzeitigen gesetzlichen Lage im Hinblick auf die Nichtbeteiligung der Sendeunternehmen einem potentiellen *Staatshaftungsanspruch* wegen Verletzung der Richtlinienvorgabe ausgesetzt ist, jeweils zu einem Zeitpunkt ergangen, zu dem zu den europäischen Rahmenbedingungen der Regelung des „gerechten Ausgleichs“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie noch keine EuGH-Rechtsprechung vorlag. Lediglich der Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts v. 10. November 2010 (BVerfG, Beschl. v. 10.11.2010, 1 BvR 2065/10 = ZUM 2011, 236), der dieses Verfahren mit Blick auf eine mögliche Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) wegen der nicht erfolgten Vorlage zum EuGH abgeschlossen hat, ist unmittelbar nach dem Urteil des EuGH vom 21. Oktober 2010 in der Rechtssache Padawan (C-467/08) ergangen. Dieses wurde für die vom Bundesverfassungsgericht allein noch zu klärende Frage der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts durch die abschließende Beurteilung der Voraussetzungen *des Staatshaftungsanspruchs* seitens des BGH aber nur noch am Rande und indirekt relevant.

Seitdem hat der EuGH den europarechtlichen Rahmen der Bedingung eines gerechten Ausgleichs für die Rechtsinhaber in einer Reihe von Urteilen konkretisiert; weitere wesentliche Vorlageverfahren in diesem Bereich sind anhängig. Dies gibt Anlass, die Frage des Ausschlusses der Sendeunternehmen von den Vergütungsansprüchen nach § 54 UrhG insbesondere im Lichte dieser aktuellen EuGH-Rechtsprechung erneut rechtlich zu beurteilen.

Dem diesbezüglich vorliegenden Gutachten lagen neben der veröffentlichten Literatur und Rechtsprechung u.a. ein Rechtsgutachten von Prof. Dr. *Dreier* vom 28. September 2007 zur Frage der Europarechtskonformität des Ausschlusses der entsprechenden Anwendung von § 54 Abs. 1 UrhG für die Rechte der Sendeunternehmen durch § 87 Abs. 4 UrhG [im Folgenden: *Dreier*, Gutachten] sowie die Verfassungsbeschwerde der VG Media im Rahmen des erwähnten Staatshaftungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland v. 6. August 2010 [im Folgenden: Verfassungsbeschwerde *VG Media*] zugrunde.

Aufgabenstellung

- 1) Ist der Ausschluss der Sendeunternehmen von der Beteiligung an der Geräte- und Leermedienvergütung (§ 54 UrhG) gemäß § 87 Abs. 4 UrhG rechtmäßig, insbesondere im Lichte der aktuellen EuGH-Rechtsprechung zum „gerechten Ausgleich“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie mit höherrangigem europäischen Urheberrecht vereinbar?
- 2) Kommt eine Korrektur der rechtlichen Lage nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung in Betracht?
- 3) Besteht darüber hinaus gesetzgeberischer Handlungsbedarf?

Zusammenfassung der Ergebnisse

- 1) Die derzeitige Gesetzeslage in Deutschland mit dem Ausschluss der Sendeunternehmen von der Beteiligung an der Geräte- und Leermedienvergütung (§ 54 UrhG) gemäß § 87 Abs. 4 UrhG verstößt im Lichte der neueren EuGH-Rechtsprechung zum „gerechten Ausgleich“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie gegen die Vorgaben des europäischen Urheberrechts.
- 2) Eine einstweilige Korrektur im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des § 87 Abs. 4 UrhG ist möglich und zwingend dahingehend geboten, dass die Norm aufgrund der europarechtlichen Vorgabe lediglich die Anwendung des § 47 Abs. 2 S. 2 UrhG ausschließt.
- 3) Dennoch besteht wegen des Gebots klarer Richtlinienumsetzung gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Der deutsche Gesetzgeber ist verpflichtet, zugunsten der Sendeunternehmen die tatsächliche Zahlung eines gerechten Ausgleichs sicherzustellen. Dabei ist als Bemessungsgrundlage an den den Sendeunternehmen durch die Privatkopierschranke entstehenden Schaden anzuknüpfen. In diesem Zusammenhang spricht neben praktischen Gründen und dem (auch europarechtlich fundierten) Aspekt konzeptioneller Konsistenz insbesondere das europarechtliche Gebot praktischer Wirksamkeit, das mit Blick auf den gerechten Ausgleich vom EuGH zu einer Ergebnisspflicht zur effektiven Gewährleistung eines tatsächlichen Zahlungsanspruchs verdichtet wurde, für eine Lösung durch Streichung des letzten Halbsatzes des § 87 Abs. 4 UrhG und Einbeziehung der Sendeunternehmen in die Geräte- und Leermedienabgabe gemäß § 54 UrhG.

Rechtliche Würdigung

A. Die Regelung des § 87 Abs. 4 UrhG und ihr historischer Hintergrund im deutschen Recht

Die Entstehungsgeschichte von § 87 Abs. 4 UrhG im Zusammenhang der Verabschiedung des Urheberrechtsgesetzes von 1965 ist in der Literatur hinreichend oft beschrieben worden¹.

Gleiches² gilt für die, insbesondere im Zuge der Urheberrechtsreform von 1985³ sowie im Zuge des ersten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (sogenannter I. Korb der deutschen Urheberrechtsreform)⁴, gescheiterten rechtspolitischen Reformbemühungen⁵ sowie den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von 1988⁶, demzufolge der Ausschluss von der Kopiervergütung die *öffentlich-rechtlichen* Rundfunkanstalten nicht in den ihnen zustehenden Grundrechten verletzt; der Beschluss betraf insoweit aber lediglich die Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und die sich daraus nach der Entscheidung ergebende grundsätzliche Sicherung einer ausreichenden Finanzierung, während eine Berufung auf Art. 3 Abs. 1 GG, 14 Abs. 1 GG an der diesbezüglichen Grundrechtsfähigkeit der Rundfunkanstalten als juristischen Personen des öffentlichen Rechts scheiterte. Private Sendeunternehmen waren von der Entscheidung also nicht unmittelbar betroffen.

¹ Vgl. statt vieler die Darstellungen im Rahmen der monographischen Studien bei *von Münchhausen*, Der Schutz der Sendeunternehmen nach deutschem, europäischem und internationalem Recht, 2001, S. 232 ff.; *Götting*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, 2004, S. 15 ff.; *Dreier*, Gutachten, S. 6 ff. (Gutachten für die VG Media); *Triebel*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopiervergütung, 2008, S. 56 ff., jeweils mit umfassenden weiteren Nachweisen.

² Vgl. daher auch wiederum die Nachweise in Fn. 1, jeweils mit umfassenden weiteren Nachweisen.

³ S. im Ergebnis Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts v. 24.06.1985, BGBl. I 1985 Nr. 33, S. 1137, ohne Änderung der bestehenden Rechtslage im Hinblick auf die Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopiervergütung. Vgl. im Vorfeld der Reform für eine Beteiligung der Sendeunternehmen *Krüger-Nieland*, GRUR 1982, 253; *dies.*, GRUR 1983, 345; *Stolz*, GRUR 1983, 632; *Ossenbühl*, GRUR 1984, 841; gegen eine Änderung der bestehenden rechtlichen Lage *Krieger*, GRUR Int. 1983, 429, 430 f.; *Möller*, FuR 1983, 240, 249; *Schorn*, GRUR 1982, 644; *ders.*, GRUR 1983, 718; *Schack*, GRUR 1985, 197, 200 f.

⁴ S. im Ergebnis Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft v. 10.09.2003, BGBl. I 2003 Nr. 46, S. 1774, wiederum ohne Änderung der bestehenden Rechtslage.

⁵ Vgl. im Vorfeld der Urheberrechtsreform von 1985 für eine Beteiligung der Sendeunternehmen *Krüger-Nieland*, GRUR 1982, 253; *dies.*, GRUR 1983, 345; *Stolz*, GRUR 1983, 632; *Ossenbühl*, GRUR 1984, 841; gegen eine Änderung der bestehenden rechtlichen Lage *Krieger*, GRUR Int. 1983, 429, 430 f.; *Möller*, FuR 1983, 240, 249; *Schorn*, GRUR 1982, 644; *ders.*, GRUR 1983, 718; *Schack*, GRUR 1985, 197, 200 f. Vgl. im Vorfeld des I. Korbes den Änderungsantrag der FDP zugunsten einer Beteiligung der Sendeunternehmen, BT-Drucks. 15/837 v. 09.05.2003, S. 31; dagegen aber die Mehrheit im Rechtsausschuss, vgl. den Bericht der Abgeordneten *Manzewski/Krings/Montag/Funke*, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 15/837 v. 09.05.2003, S. 25 ff.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.03.1988, 1 BvR 686/86, BVerfGE 78, 101 = NJW 1988, 1715.

In der rechtswissenschaftlichen „Binnendiskussion“ zum deutschen Recht standen neben der andauernden Auseinandersetzung über die verfassungsrechtliche Lage, die für *private* Sendeunternehmen demnach weiterhin ungeklärt ist⁷, insbesondere urheberrechtsdogmatische und rechts- sowie wirtschaftspolitische Argumente im Hinblick auf eine (nach Ansicht der Befürworter einer Beteiligung der Sendeunternehmen gebotene⁸, nach Ansicht der Gegner im Lichte des im Urheberrechtsgesetz gebildeten Gesamtinteressenausgleichs der unterschiedlichen Rechtsinhaber nicht notwendige⁹) Gleichbehandlung der Sendeunternehmen mit ihrem eigenständigen Leistungsschutzrecht gerade auch im Rahmen der Kopiervergütung im Mittelpunkt.

Die diesbezüglichen Argumente sind im Zuge der unterschiedlichen Reformanläufe erschöpfend ausgetauscht worden und werden im Folgenden nur aufgegriffen, wo sie spezifisch unter dem Blickwinkel der europarechtlichen Vorgaben eigenständige Relevanz haben. Im Übrigen konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen auf die europarechtliche Diskussion unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des EuGH zum gerechten Ausgleich i.S.d. Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie sowie auf die Rezeption dieser europarechtlichen Vorgaben im deutschen Recht.

B. Die Ausgangslage im europäischen Richtlinienrecht

Als Grundlage für die Betrachtung der bisherigen Rezeption der europarechtlichen Vorgaben der Informationsgesellschafts-Richtlinie im deutschen Recht soll an dieser

⁷ Vgl. zur diesbezüglichen Diskussion und den wesentlichen Argumenten einerseits *von Münchhausen*, Der Schutz der Sendeunternehmen nach deutschem, europäischem und internationalem Recht, 2001, S. 290 ff. (einen Verfassungsverstoß verneinend); andererseits *Triebe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopiervergütung, Hamburg 2008, S. 193 ff. (einen Verfassungsverstoß mit Blick auf die privaten Sendeunternehmen bejahend).

⁸ S. *Krüger-Nieland*, GRUR 1982, 253; *dies.*, GRUR 1983, 345; *Stolz*, Die Rechte der Sendeunternehmen nach dem UrhG und ihre Wahrnehmung, 1987, S. 121; *ders.*, GRUR 1983, 632; *ders.*, GRUR 1986, 859; *Ossenbühl*, GRUR 1984, 841; *Rumphorst*, Copyright 1982, S. 211-213; *Rumphorst*, in: Tades et al. (Hrsg.), Festschrift Dittrich, Wien 2000, S. 297, 306 f.; *Ossenbühl*, GRUR 1984, 841; *Hillig*, UFITA 102 (1986) 11, 23; *Claussen*, Die Vergütung für die Überspielung zum privaten Gebrauch gemäß § 54 Abs. 1 UrhG und ihre Verteilung unter die Berechtigten im Filmbereich, 1993, S. 157, 170 f.; *Götting*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, Berlin 2004; *Flehsig*, ZUM 2004, 249, 251 ff.; *Weber*, ZUM 2003, 1037, 1039; *Wandtke/Bullinger-Ehrhardt*, UrhG, 3. Aufl., 2009, § 87, Rn. 17; *Dreier/Schulze-Dreier*, UrhG, 3. Aufl., 2008, § 87, Rn. 24; sowie *von Albrecht*, zit. bei von Rom, ZUM 2003, 128, 133; *Ory* und *Krause*, zit. bei Zecher, ZUM 2002, 451, 455; *Triebe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopiervergütung, Hamburg 2008, S. 171 ff. (im Ergebnis für eine Beteiligung der privaten Sendeunternehmen). Vgl. zum Ganzen bündig zusammenfassend *Dreier*, Gutachten, S. 12 ff.

⁹ S. *Krieger*, GRUR Int. 1983, 429, 430 f.; *Möller*, FuR 1983, 240, 249; *Schorn*, GRUR 1982, 644; *ders.*, GRUR 1983, 718; *Schack*, GRUR 1985, 197, 200 f.; *Loewenheim*, GRUR 1998, 513 ff.; *von Münchhausen*, Der Schutz der Sendeunternehmen nach deutschem, europäischem und internationalem Recht, 2001, S. 232 ff., 277 ff., 292; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl., 2010, Rn. 632; *Gerlach*, zit. bei von Rom, ZUM 2003, 128, 133 f.; *Schack*, GRUR Int. 2009, 490 ff. (Gutachten für die ZPÜ); wohl auch *Riesenhuber*, UFITA 2006, 262 ff.

Stelle vorab lediglich kurz der gesetzliche Rahmen im Richtlinienrecht umrissen werden. Nachdem dann auf dieser Basis die bisherigen Ansätze in der deutschen Rechtswissenschaft, Judikative und Legislative zur Rezeption dieser europarechtlichen Vorgaben im Überblick nachgezeichnet wurden (s. unten C), sollen der aus diesen Ansätzen resultierende status quo im deutschen Recht und die insoweit bisher vorgebrachten Argumente an der aktuellen Rechtsprechung des EuGH (s. unten D) unter Einbeziehung der vorliegenden rechtspolitischen und legislativen Initiativen der Kommission (s. unten E) gemessen und beurteilt werden (s. unten F).

I. Informationsgesellschafts-Richtlinie

Das grundsätzliche Vervielfältigungsrecht der Sendeunternehmen als Inhaber eines eigenen Leistungsschutzrechts ergibt sich im europäischen Richtlinienrecht für die Erstfixierung der Sendung aus Art. 7 Abs. 2 Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie¹⁰, für alle weiteren Vervielfältigungen der Aufzeichnung der Sendung aus Art. 2 lit. e) Informationsgesellschafts-Richtlinie¹¹.

An diese Regelung des Vervielfältigungsrechts u.a. für die Sendeunternehmen als Rechtsinhaber schließt in der Informationsgesellschafts-Richtlinie die für die hier untersuchte Fragestellung wesentlichste¹² Regelung in Art. 5 Abs. 2 lit. b) an, derzufolge die Mitgliedstaaten eine Ausnahme oder Einschränkung des Vervielfältigungsrechts im Hinblick auf Vervielfältigungen durch natürliche Personen zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern nur unter der Bedingung vorsehen dürfen, „...dass die Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten, wobei berücksichtigt wird, ob technische Maßnahmen gemäß Art. 6 auf das betreffende Werk oder den betreffenden Schutzgegenstand angewendet wurden“. Der Wortlaut der Richtlinie spricht damit eindeutig dafür, dass den Sendeunternehmen für private Vervielfältigungen der Empfänger ihrer Sendungen unter den Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie ein Anspruch auf gerechten Ausgleich zusteht.

¹⁰ Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, ABl. EU 2006, Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 28 [im Folgenden: Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie].

¹¹ S. insoweit ausführlich und zutreffend *Katzenberger*, GRUR Int. 2006, 190, 193 ff.

¹² Weitere für Sendeunternehmen relevante Schrankenbestimmungen finden sich im Hinblick auf das Vervielfältigungsrecht in Art. 5 Abs. 2 lit. c) (für nichtkommerzielle Nutzungen durch Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen oder Archive – dort ohne zwingende Bedingung gerechten Ausgleichs) und in Art. 5 Abs. 2 lit. e) (für nichtkommerzielle soziale Einrichtungen wie Krankenhäuser oder Haftanstalten – dort unter der Bedingung gerechten Ausgleichs für die Rechtsinhaber). Vgl. *Dreier*, Gutachten, S. 21 f.

Trotz dieses eindeutigen Wortlauts ist für einen dennoch weiterhin bestehenden Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten in der bisherigen rechtswissenschaftlichen Diskussion im Wesentlichen auf die Erwägungsgründe der Richtlinie hingewiesen worden¹³. Die entscheidende Rolle spielt hier Erwägungsgrund 35 (wobei im Übrigen neben den allgemeinen Zielsetzungen der Richtlinie u.a. noch Erwägungsgründe 31, 32, 36, 38 und 39 relevant sind). Nach Erwägungsgrund 35 sollen „bei der Festlegung der Form, der Einzelheiten, und der etwaigen Höhe dieses gerechten Ausgleichs ... die besonderen Umstände eines jeden Falls berücksichtigt werden“; in der Folge werden in nicht abschließender Form einzelne weitere Anhaltspunkte zur Bewertung dieser Umstände gegeben. Neben Bezugnahmen auf diese Anhaltspunkte im Einzelnen, die in der Folge noch ausführlich diskutiert werden, hat die deutsche Rechtswissenschaft und Rechtsprechung hinsichtlich der hier gegenständlichen Fragestellung bisher insbesondere auf Satz 6 des Erwägungsgrundes 35 abgehoben, wonach „in bestimmten Situationen, in denen dem Rechtsinhaber nur ein geringfügiger Nachteil entstünde, ... sich gegebenenfalls keine Zahlungsverpflichtung ergeben“ kann. Im Zusammenhang damit wurde auch auf eine Protokollerklärung der EG-Kommission gegenüber dem Europäischen Parlament und dem Rat zu Erwägungsgrund 35 verwiesen, derzufolge die Kommission der Ansicht ist, dass „einmalige vorübergehende Handlungen zur Vervielfältigung einer Sendung ..., die ausschließlich zu dem Zweck vorgenommen werden, eine Betrachtung und/oder Anhörung zu einem geeigneten Zeitpunkt ('zeitversetzte Wiedergabe') zu ermöglichen,“ nicht zu einer Zahlungsverpflichtung führen, sofern die Voraussetzungen nach Art. 5 Abs. 5 erfüllt sind¹⁴. Diese Kommissionserklärung zielte wohl im Sinne eines politischen Kompromisses auf eine spezifische Freistellung für die Schranke für das sogenannte time-shifting (Sec. 70, 71 CDPA) im englischen Recht, welches eine allgemeine Privatkopierausnahme nicht kennt und daher auch prinzipiell nicht über ein diesbezüglich entwickeltes Vergütungssystem verfügt; daher wird auch die vergleichsweise eng begrenzte Ausnahme für time-shifting insoweit vergütungsfrei gewährt¹⁵.

Bei einer gesamthaften Betrachtung der Richtlinie stehen dem all diejenigen Erwägungsgründe der Richtlinie gegenüber, die die Notwendigkeit eines hohen Schutzniveaus zur „Erhaltung und Entwicklung kreativer Tätigkeit im Interesse der Urheber, ausübenden Künstler, Hersteller, Verbraucher von Kultur und Wirtschaft

¹³ S. zu alledem mit Belegen unten C.

¹⁴ Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, Erklärungen für das Ratsprotokoll, Dok. 11375/00 ADD 1 v. 12.09.2000, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/11375-a1_de.pdf (zuletzt aufgerufen am 11.04.2013).

¹⁵ Insoweit zutreffend *Schack*, GRUR Int. 2009, 490, 494.

sowie der breiten Öffentlichkeit betonen“ (Erwägungsgrund 9) und in diesem Zusammenhang das Prinzip angemessener Vergütung ausdrücklich auch auf die Produzenten beziehen, da für Angebote wie Tonträger, Filme oder Multimediaprodukte sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit deren Verbreitung beträchtliche Investitionen erforderlich seien, deren Finanzierung sichergestellt werden müsse (Erwägungsgrund 10). Es wird in der Folge noch auszuführen sein, wie diese allgemeinen Zielsetzungen der Richtlinie vom EuGH auch spezifisch im konkreten Zusammenhang der Konkretisierung der Ansprüche auf angemessene Vergütung und gerechten Ausgleich fruchtbar gemacht worden sind.

II. Sonderproblem Live-Sendungen und das Verhältnis zur Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie

Ein systematisches Sonderproblem stellt sich mit Blick auf die Behandlung von Live-Sendungen im Rahmen des Art. 2 lit. e) Informationsgesellschafts-Richtlinie. In der Literatur ist zum Teil bezweifelt worden, dass die Bedingung gerechten Ausgleichs auch für Privatkopien von Live-Sendungen gilt, wobei dies nach *Katzenberger* unabhängig davon sein soll, ob diese vom Sendeunternehmen zeitgleich aufgezeichnet werden¹⁶. Dies wird aus dem systematischen Verhältnis der Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie zur Informationsgesellschafts-Richtlinie geschlossen. Denn Erstere sei im Hinblick auf das Erstaufzeichnungsrecht unverändert sowie von der Informationsgesellschafts-Richtlinie gemäß deren Art. 1 Abs. 2 lit. b) unberührt geblieben und halte mit ihrem Art. 10 Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie eine eigenständige Schrankenregelung für private Benutzungen im Hinblick auf das Erstaufzeichnungsrecht (weiterhin Art. 7 Abs. 2 Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie) bereit, die von der Bedingung gerechten Ausgleichs in den Grenzen des Drei-Stufen-Tests unabhängig sei¹⁷.

Die Auffassung *Katzenbergers*, dass eine „zeitgleiche“ Aufzeichnung der Live-Sendung hierbei für die Qualifizierung der Mitschnitte von Empfängern als *Erstaufzeichnungen* unerheblich sei¹⁸, verkennt aber unter nach hier vertretener Auffassung unzulässiger Übervereinfachung der zugrunde liegenden technischen

¹⁶ *Katzenberger*, GRUR Int. 2006, 190 ff.; dem zustimmend *Schack*, GRUR Int. 2009, 490, 492; *Triebe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, Hamburg 2008, S. 224 ff., spricht die Problematik der praktischen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Erst- und Folgeaufzeichnungen angesichts der technischen Entwicklung eingangs seiner Diskussion der Problematik an, stellt aber in der Folge lediglich fest, dass eine kompensationslose Beschränkung nur des Aufzeichnungsrechts auf Grundlage der Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie möglich sei (ohne an dieser Stelle noch einmal auf das Sonderproblem zeitgleicher Aufzeichnungen von Live-Sendungen durch die Sendeunternehmen und insgesamt die Abgrenzung der Erstaufzeichnung von nachfolgenden Vervielfältigungen einzugehen); insgesamt offengelassen bei *Dreier*, Gutachten, S. 19.

¹⁷ S. ausführlich *Katzenberger*, GRUR Int. 2006, 190, 193 ff.

¹⁸ *Katzenberger*, GRUR Int. 2006, 190, 194.

Abläufe¹⁹ schon im tatsächlichen Ausgangspunkt, dass derartige Fixierungen durch die Sender (die von *Katzenberger* sogenannten „zeitgleichen“ Aufzeichnungen) den bei den Empfängern vorgenommenen Vervielfältigungen auch bei Live-Sendungen zeitlich stets (und in vielen Fällen nicht einmal ganz unerheblich) vorausgehen dürften. Von „zeitgleicher“ Aufzeichnung kann hier praktisch nie die Rede sein, wenn man mit der vorherrschenden Meinung davon ausgeht, dass der Schutzgegenstand des Senderechts das Sendegut als Immaterialgut ist, in dem sich die organisatorisch-technische Leistung der Veranstaltung oder Durchführung von Funksendungen verkörpert. Denn dieses Sendegut verkörpert sich schon im Verlauf der Sendung erstmals in den elektronischen Programmsignalen, welche aus dem Sendestudio an den eigentlichen Sender weitergeleitet werden, während die Funkwellen, mit denen die Sendung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird, bereits die erste nachfolgende Materialisierung darstellen²⁰. Eine parallele Aufzeichnung des Sendeguts durch das Sendeunternehmen führt daher praktisch stets dazu, dass nachfolgende Aufzeichnungen durch die Empfänger bereits als Vervielfältigungen einer Aufzeichnung der Sendung anzusehen sind.

Richtigerweise ist deshalb davon auszugehen, dass Mitschnitte von Empfängern im Hinblick auf Live-Sendungen, die von den Sendern parallel zur Aufnahme

¹⁹ Vgl. dazu ansatzweise *Triebel*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 225 f., dort unter Hinweis auf die sich ergebenden praktischen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Aufzeichnungs- und Vervielfältigungsrecht, die dazu führten, dass sich eine Unterscheidung zwischen erster Aufzeichnung und Vervielfältigung „praktikabel nicht durchhalten“ lasse. Auch *Walter*, Europäisches Urheberrecht, 2001, Info-RL, Rn. 53, erachtete die Unterscheidung zwischen Aufzeichnung einerseits und Vervielfältigung andererseits im Hinblick auf den Gemeinsamen Standpunkt für die Informationsgesellschafts-Richtlinie v. 28.09.2000 für entbehrlich.

²⁰ Die eigentliche Ausstrahlung an die Öffentlichkeit ist insofern nicht Teil des Schutzgegenstands, sondern vielmehr nur Schutzvoraussetzung in dem Sinne, dass der Schutzgegenstand nur dann Schutz nach § 87 UrhG genießt, wenn das Sendeunternehmen als Veranstalter von Sendungen für die Öffentlichkeit tätig geworden ist, sich also mit seiner Sendung in der Folge unmittelbar an die Öffentlichkeit wendet. So mit ausführlicher Argumentation und mit einer Darstellung der Differenzierung von Schutzgegenstand und Schutzvoraussetzung sowie der Folgen der zutreffenden Anknüpfung des Schutzgegenstands für die Vermeidung von Schutzlücken *von Münchhausen*, Der Schutz der Sendeunternehmen nach deutschem, europäischem und internationalem Recht, 2001, S. 129 ff., 134 ff.: Schutzgegenstand das Sendegut, d.h. „die Umsetzung des Sendematerials in die Form, in der es 'auf Sendung' geht“; schon zuvor *Schricker/Loewenheim-von Ungern-Sternberg*, UrhG, 4. Aufl., 2010, § 87, Rn. 22: Schutzgegenstand des Senderechts die „Funkform“ des Sendematerials, die erstmals durch die elektronischen Programmsignale verkörpert wird, mit denen das zu sendende Material zur ersten Ausstrahlung aus dem Sendestudio an die Öffentlichkeit geht, während die Funkwellen, die sie der Öffentlichkeit zugänglich machen, bereits eine weitere, nachfolgende Verkörperung darstellen; wohl auch *Fromm/Nordemann-Boddien*, UrhG, 10. Aufl., 2010, § 87, Rn. 5, der einerseits als Schutzgegenstand den gesendeten Sendeinhalt als immaterielles Gut bezeichnet, da § 87 UrhG erst den gesendeten Inhalt schütze; andererseits geht er in der Folge, aaO., Rn. 28, aber davon aus, dass eine Verletzung des Rechts auch in Betracht kommt, wenn die Nutzungshandlung nicht unmittelbar an die Sendung des Rechtsinhabers, sondern an eine Richtfunk-, Kabel-, oder Satellitenübertragung durch das Sendeunternehmen selbst oder einen Dritten anknüpft, womit er in der Sache genau die von *von Münchhausen* herausgearbeitete Differenzierung von Schutzgegenstand (das Sendegut als solches) und Schutzvoraussetzung (das auch in der unmittelbaren Folge versendet werden muss) im Rahmen der Ausschließlichkeitsrechte nachvollzieht; demgegenüber a.A. *Möhring/Nicolini-Hillig*, UrhG, 2. Aufl., 2000, § 87, Rn. 47 ff.; *Dreier/Schulze-Dreier*, UrhG, 3. Aufl., 2008, § 87, Rn. 9: Schutzgegenstand ist das ausgestrahlte Sendegut.

aufgezeichnet wurden, schon keine Erstaufzeichnungen, sondern Vervielfältigungen i.S.d. Art. 2 lit. e) Informationsgesellschafts-Richtlinie darstellen und damit Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie unmittelbar unterfallen. Für den Anwendungsbereich des Art. 7 Abs. 2 Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie kommen auf dieser Basis also nur Mitschnitte von Live-Sendungen in Betracht, die von den Sendeunternehmen nicht parallel aufgezeichnet wurden. Diese Fälle dürften auf Grundlage der heutigen Praxis wohl allenfalls einen verschwindend geringen Anteil geschützter Sendungen ausmachen. Das hier untersuchte grundsätzliche Problem eines Anspruchs der Sendeunternehmen auf gerechten Ausgleich berührt diese Sonderproblematik ohnedies nicht; vielmehr könnte sie lediglich in demnach geringfügigem Umfang für die Höhe eines vorzusehenden gerechten Ausgleichs relevant werden²¹.

Dies gilt im Übrigen selbst dann, wenn man der Auffassung *Katzenbergers* vollumfänglich folgen wollte. Denn nach der insoweit einheitlichen Meinung – auch *Katzenbergers*²² – betreffen die diesbezüglichen Konsequenzen dann jedenfalls nur Live-Sendungen (insgesamt) und damit immer noch einen vergleichsweise geringen Anteil des im Hinblick auf die Privatkopie von Fernseh- und Rundfunksendungen zu betrachtenden Gesamtumfangs der Freistellung. Wiederum wäre also die grundsätzliche Fragestellung nach einer Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung nicht berührt; Auswirkungen betreffen lediglich in vergleichsweise jeweils immer noch geringem Umfang die Höhe des vorzusehenden gerechten Ausgleichs²³.

III. Zwischenergebnis

Der Wortlaut der Art. 2 lit. e) i.V.m. Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie spricht eindeutig dafür, dass den Sendeunternehmen für private Vervielfältigungen der Empfänger ihrer Sendungen unter den Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie ein Anspruch auf gerechten Ausgleich zusteht.

²¹ Vgl. dazu daher nur unten F II 2.

²² Vgl. eindeutig *Katzenberger*, GRUR Int. 2006, 190, 195.

²³ Vgl. ebenso *Triebe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 224 ff., 231 f. und 261 f.: der einerseits *Katzenbergers* Auffassung vollumfänglich folgt, dann andererseits zu dem Ergebnis gelangt, dass die Sendeunternehmen aufgrund der europarechtlichen Vorgabe zwingend an der Privatkopievergütung zu beteiligen sind, wobei die Ausgestaltung der Vergütungspflicht im Einzelnen, insbesondere die Höhe der Vergütungssätze und Verteilung, im deutschen System ohnehin zwischen den Gruppen der Rechtsinhaber auszuhandeln sei. Ergänzend ist lediglich festzuhalten, dass die Sendeunternehmen bezüglich der (dann allein als Grundlage ihres Anspruchs auf gerechten Ausgleich verbleibenden) Sendung aufgezeichneter Inhalte hinsichtlich ihres Anspruchs jedenfalls nicht auf ihre gegebenenfalls bestehende Berechtigung als Tonträger- oder Filmhersteller verwiesen werden können. Denn erstens kommt ein Vergütungsanspruch in diesen Fällen (nach BGH, Urt. v. 12.11.1998, I ZR 31/96 = GRUR 1999, 577, 578 f. – Sendeunternehmen als Tonträgerhersteller) nicht schon für jede Aufzeichnung einer Sendung, sondern nur dann in Betracht, wenn die Sendeunternehmen „ihre Produktionen als Tonträger in eigener Regie oder durch Lizenznehmer vervielfältigen und verbreiten“; und zweitens ist eine Verrechnung der unterschiedlichen Berechtigungen aufgrund unterschiedlicher und unabhängiger Leistungsschutzrechte nach europäischem und deutschem Recht eindeutig unzulässig, vgl. dazu ausführlich unten F I 3.

Trotz dieses eindeutigen Wortlauts ist für einen dennoch weiterhin bestehenden Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten in der bisherigen rechtswissenschaftlichen Diskussion im Wesentlichen auf die Erwägungsgründe der Richtlinie, insbesondere Erwägungsgrund 35, hingewiesen worden. Der Verweis auf die Erwägungsgründe führt allerdings nicht ohne Weiteres schon an dieser Stelle zu einem eindeutigen Ergebnis. Vielmehr sollen die diesbezüglichen Argumente in der deutschen Diskussion erst nach der Darstellung der aktuellen Rechtsprechung des EuGH (s. unten D) unter Einbeziehung der vorliegenden rechtspolitischen und legislativen Initiativen der Kommission (s. unten E) endgültig diskutiert und bewertet werden (s. unten F).

Ein Sonderproblem besteht bei Erstaufzeichnungen, für die Art. 7 Abs. 2 Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie einschlägig ist. Im Rahmen dieser Bestimmung ist kein Anspruch auf gerechten Ausgleich für private „Erstaufzeichnungen“ vorgesehen. Doch betrifft dies nach zutreffender Auffassung nur Live-Sendungen, die nicht zeitgleich von den Sendeunternehmen aufgezeichnet werden und damit einen vergleichsweise ganz geringen Umfang des gesamten, durch das Senderecht geschützten Materials.

C. Die bisherige Rezeption der europäischen Vorgaben im deutschen Recht

I. Die Reaktion im II. Korb der deutschen Urheberrechtsreform

Angesichts des eindeutigen Wortlauts der Richtlinienregelung sah sich der deutsche Gesetzgeber, als auch im II. Korb der deutschen Urheberrechtsreform im Jahr 2007 (in der Sache wegen der fehlenden Einigung der Vertreter der Sendeunternehmen und ihrer Verwertungsgesellschaft mit den Vertretern der Urheber, sonstigen Schutzrechtsinhabern und ihrer Verwertungsgesellschaften) keine Einbeziehung der Sendeunternehmen in die Kopiervergütung erfolgte, zu einer vergleichsweise ausführlichen Begründung veranlasst²⁴. Fokussiert man auf die unmittelbare Auseinandersetzung mit der europäischen Richtlinienvorgabe, lässt sich diese Begründung zusammenfassend dahin ein²⁵, dass eine europarechtliche Vorgabe hinsichtlich der Frage der Beteiligung der Sendeunternehmen nicht existiere, weil

- Erwägungsgrund 35 der Informationsgesellschafts-Richtlinie klarstelle, dass in bestimmten Fällen, Ausnahmen und Beschränkungen auch ohne gerechten Ausgleich in Betracht kämen, und

²⁴ S. BT-Drucks. 16/1828 v. 15.06.2006, S. 16 ff.

²⁵ BT-Drucks. 16/1828 v. 15.06.2006, S. 17.

- die Richtlinie die Frage der Beteiligung der Sendeunternehmen nicht beantworte, weshalb in dieser Frage auch unterschiedliche Regelungen in den Mitgliedstaaten existierten.

Von den im Übrigen in der Begründung zusammengefassten Argumenten gegen eine Beteiligung der Sendeunternehmen könnte im Lichte der europarechtlichen Betrachtung weiter relevant sein, dass der deutsche Gesetzgeber der Auffassung war²⁶,

- der Kernbereich des Leistungsschutzrechts der Sendeunternehmen werde durch private Vervielfältigungen nicht berührt, weil dieser allein das Recht der Weitersendung und öffentlichen Wiedergabe betreffe;
- die Sendeunternehmen seien bereits durch die existierende Beteiligung an der Vergütung in ihrer Eigenschaft als Tonträger- und Filmhersteller²⁷ hinreichend für ihre investorische Tätigkeit kompensiert, während die rein technische Signalaufbereitung und -übermittlung keine Partizipation rechtfertige;
- eine Beteiligung gehe unweigerlich zu Lasten der übrigen Vergütungsberechtigten, weshalb ein stimmiges Gesamtkonzept zu verfolgen (und im deutschen Urheberrechtsgesetz *de lege lata* erreicht) sei, wobei in diesem Rahmen insbesondere berücksichtigt werden müsse, dass die Sendeunternehmen durch die gesetzliche Lizenz nach § 78 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 UrhG bei der Verwendung von Bild- oder Tonträgern begünstigt würden;
- der Gleichheitssatz hier nicht zugunsten der Sendeunternehmen streite, da die private Vervielfältigung die Film- und Tonträgerhersteller in einer unvergleichbar größeren Dimension betreffe als die Sendeunternehmen.

²⁶ BT-Drucks. 16/1828 v. 15.06.2006, S. 17 f.

²⁷ Vgl. dazu grundlegend BGH, Urt. v. 12.11.1998, I ZR 31/96 = GRUR 1999, 577, 578 f. – Sendeunternehmen als Tonträgerhersteller; ausführlich zur Diskussion im Vorfeld der BGH-Entscheidung *von Münchenhausen*, Der Schutz der Sendeunternehmen nach deutschem, europäischem und internationalem Recht, 2001, S. 250 ff.

II. Die Reaktion der deutschen Rechtsprechung (insbesondere im Staatshaftungsverfahren wegen der Nichtbeteiligung der Sendeunternehmen an der Kopiervergütung)

1) Staatshaftungsverfahren der VG Media gegen die Bundesrepublik Deutschland

Die deutsche Rechtsprechung hat zu dem hier gegenständlichen Problem bisher im Wesentlichen im Rahmen des von der VG Media gegen die Bundesrepublik Deutschland angestrebten Staatshaftungsverfahrens auf Schadensersatz für die durch Nicht- bzw. Falschumsetzung der Informationsgesellschafts-Richtlinie entstandenen Schäden Stellung genommen²⁸. Dabei steht die Frage nach dem Bestehen eines Staatshaftungsanspruchs wegen Nicht- oder fehlerhafter Umsetzung der Richtlinie natürlich in wesentlichem Zusammenhang mit den diesbezüglichen Vorgaben der Richtlinie. Dennoch ist sie hiervon sauber zu unterscheiden, da ein Staatshaftungsanspruch (neben den sonstigen Voraussetzungen der *Francovich*-Haftung²⁹) nach der diesbezüglich inzwischen gefestigten Rechtsprechung des EuGH³⁰ nicht allein einen Rechtsverstoß im Hinblick auf die Richtlinienumsetzung, sondern in Fällen fehlerhafter Umsetzung grundsätzlich einen hinreichend qualifizierten (nämlich erheblichen und offenkundigen) Verstoß gegen die Richtlinienvorgaben voraussetzt. Etwas anderes kann nur gelten, wenn der Ermessensspielraum des Mitgliedstaats zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung erheblich verringert bzw. sogar auf Null reduziert war³¹.

Entsprechend konnte das Kammergericht – in seiner hinsichtlich der umfassenden Behandlung der zugrunde liegenden materiell-rechtlichen Fragen letztinstanzlichen Berufungsentscheidung – die Frage nach einem tendenziell vom Gericht aber bezweifelten Verstoß gegen die Richtlinienvorgaben letztlich offenlassen. Aus dem Wortlaut der Richtlinie (den das Kammergericht in den verschiedenen Sprachfassungen analysiert) und der Systematik des *acquis* ergebe sich, dass ein

²⁸ LG Berlin, Urt. v. 28.11.2007, 23 O 37/07 = ZUM-RD 2008, 608; KG Berlin, Urt. v. 14.04.2009, 9 U 3/08 = GRUR 2010, 64; BGH, Urt. v. 24.06.2010, III ZR 140/09 = GRUR 2010, 924; BVerfG, Beschl. v. 10.11.2010, 1 BvR 2065/10 = ZUM 2011, 236.

²⁹ S. als grundlegender Ausgangspunkt EuGH, Urt. v. 19.11.1991, C-6/90, Slg. I 1991, 05357 – *Francovich*.

³⁰ EuGH, Urt. v. 05.03.1996, C-46/93, Slg. I 1996, 1029 = EuZW 1996, 205 – *Brasserie du Pêcheur und Factortame*; EuGH, Urt. v. 13.03.2007, C-524/04, Slg. I 2007, 2107 – *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*; EuGH, Urt. v. 26.03.1996, C-392/93, Slg. I 1996, 1631 = EuZW 1996, 274 – *British Telecommunications*; EuGH, Urt. v. 08.10.1996, C-178/94 = NJW 1996, 3141 – *Dillenkofer*; EuGH, Urt. v. 04.12.2003, C-63/01, Slg. I 2003, 14447 = EuZW 2004, 146 – *Evans*; EuGH, Urt. v. 25.01.2007, C-278/05, Slg. I 2007, 1053 = EuZW 2007, 182 – *Robins*.

³¹ EuGH, Urt. v. 05.03.1996, C-46/93, Slg. I 1996, 1029 = EuZW 1996, 205 – *Brasserie du Pêcheur und Factortame*; EuGH, Urt. v. 13.03.2007, C-524/04, Slg. I 2007, 2107 – *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*; EuGH, Urt. v. 26.03.1996, C-392/93, Slg. I 1996, 1631 = EuZW 1996, 274 – *British Telecommunications*; EuGH, Urt. v. 08.10.1996, C-178/94 = NJW 1996, 3141 – *Dillenkofer*; EuGH, Urt. v. 04.12.2003, C-63/01, Slg. I 2003, 14447 = EuZW 2004, 146 – *Evans*; EuGH, Urt. v. 25.01.2007, C-278/05, Slg. I 2007, 1053 = EuZW 2007, 182 – *Robins*.

„gerechter Ausgleich“ – anders als im Vergleich der Begriff der „angemessenen Vergütung“ i.S.d. 2006 konsolidierten Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie – nicht zwingend in einer Geldzahlung bestehen müsse. Vielmehr bestehe insoweit – wie sich gerade auch aus dem systematischen Unterschied zu dem 2006 in der Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie beibehaltenen abweichenden Begriff der angemessenen Vergütung ergebe – ein „weites Regelungsermessen“ der Mitgliedstaaten hinsichtlich des vorzunehmenden Interessenausgleichs³². In die gleiche Richtung wiesen Erwägungsgründe 35 und 38 der Richtlinie (da in Letzterem davon die Rede sei, dass zu der Sicherstellung eines gerechten Ausgleichs „die Einführung oder Beibehaltung von Vergütungsregelungen gehören“ *könne*) sowie Erwägungsgründe 10 und 31 der Richtlinie (mit der vermeintlichen Beschränkung der angemessenen Vergütung auf Urheber und Produzenten sowie der Betonung eines insgesamt angemessenen Interessenausgleichs)³³. Schließlich bestätige die Entstehungsgeschichte der Richtlinie das insoweit den Mitgliedstaaten eingeräumte weite Ermessen, wobei das Kammergericht neben der vorerwähnten Protokollerklärung der Kommission³⁴ insbesondere auf die vom Vertreter der Kommission abgegebenen Erklärungen in der zuständigen Arbeitsgruppe des Rates abstellt³⁵. Nach alledem könnten im Ergebnis „aus Art. 5 Abs. 2 lit. b) ... keine zwingenden Vorgaben hinsichtlich der Gewährung des ... Vergütungsanspruchs hergeleitet“ werden, sodass sich die Bundesrepublik mit ihren Überlegungen im II. Korb der deutschen Urheberrechtsreform jedenfalls zulässig im Rahmen des eingeräumten weiten Regelungsermessens bewegt habe und es an einem Nachweis eines Rechtsverstößes fehle³⁶.

Selbst unabhängig von der Frage eines Verstößes gegen zwingendes Unionsrecht sei der Verstoß aber jedenfalls nicht hinreichend qualifiziert im Sinne eines offenkundigen und erheblichen Verstößes bei der fehlerhaften Umsetzung von Richtlinien³⁷. Für dieses Ergebnis wesentlich war dabei (unter anderem) insbesondere wiederum die Annahme, dass hinsichtlich der Umsetzung des Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie ein weites Regelungsermessen (und nicht etwa ein erheblich oder auf Null reduziertes Ermessen) bestehe. Dieses habe insbesondere zur bisherigen Akzeptanz vergleichbarer Lösungen in vielen anderen Mitgliedstaaten geführt, die auch von der

³² KG Berlin, Urt. v. 14.04.2009, 9 U 3/08 = ZUM 2009, 567, 569 f.

³³ Vgl. KG Berlin, Urt. v. 14.04.2009, 9 U 3/08 = ZUM 2009, 567, 570 f. auch unter Hinweis auf die unterschiedlichen Sprachfassungen des Erwägungsgrundes 35 sowie im Übrigen in Anknüpfung insbesondere an Satz 2 des Erwägungsgrundes 35 (vgl. zur grundsätzlichen Richtung dieses Arguments schon oben B I).

³⁴ S. oben B I.

³⁵ S. KG Berlin, Urt. v. 14.04.2009, 9 U 3/08 = ZUM 2009, 567, 570 f.; vgl. Ratsdokument v. 24.01.2000, Nr. 5499/00, Tz. 18.

³⁶ KG Berlin, Urt. v. 14.04.2009, 9 U 3/08 = ZUM 2009, 567, 571.

³⁷ KG Berlin, Urt. v. 14.04.2009, 9 U 3/08 = ZUM 2009, 567, 571 f.

Kommission unbeanstandet geblieben seien, zumal die Kommission selbst mit ihren Erklärungen im Vorfeld der Verabschiedung der Richtlinie eine entsprechende Lesart erheblich befördert habe. Wenn daher tatsächlich ein Verstoß gegen das Unionsrecht vorliege, sei jedenfalls kein unentschuldbarer Rechtsirrtum der Bundesrepublik anzunehmen³⁸.

Die gegen dieses Urteil gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH wurde von diesem mit Beschluss v. 24.06.2010 zurückgewiesen³⁹. Der BGH beschränkte sich dabei hinsichtlich der zugrunde liegenden materiell-rechtlichen Fragestellungen darauf, die Ausführungen des Kammergerichts, ein denkbarer Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie sei jedenfalls mangels Offenkundigkeit und Erheblichkeit *nicht hinreichend qualifiziert*, zu bestätigen und mit einzelnen ergänzenden Aspekten zu stützen. Das Argument, der Begriff des gerechten Ausgleichs sei nicht unmittelbar mit dem Begriff der angemessenen Vergütung gleichzusetzen, wurde im Anschluss an die Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* in der Rechtssache *Padawan*⁴⁰ bestätigt, die grundsätzlichen Überlegungen des Kammergerichts zur Bedeutung der Erwägungsgründe 31 und 35 als Aspekte zugunsten eines Ermessensspielraums der nationalen Gesetzgeber als zutreffende Gesichtspunkte akzeptiert⁴¹. Auch die Argumentation zu einem entschuldbaren Rechtsirrtum aufgrund vergleichbarer Rechtssituationen in vielen anderen Mitgliedstaaten und der Nichteinleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens wurde ausdrücklich nicht beanstandet⁴².

Im Übrigen werden die Überlegungen der Generalanwältin *Trstenjak* hinsichtlich einer Ergebnispflicht zur Sicherstellung eines finanziellen Ausgleichs im Sinne einer angemessenen Vergütung⁴³ aufgegriffen⁴⁴, um dann aber insbesondere (sozusagen als zusätzliches Argument des BGH) die Bedeutung des letzten Satzes von Erwägungsgrund 35 dahingehend zu betonen, dass es nicht ausgeschlossen sei, „ob der nationale Gesetzgeber ... nicht zu der Einschätzung gelangen durfte, die nichtkommerzielle Vervielfältigung zum privaten Gebrauch bewirke für die Sendeunternehmen – anders bei ausübenden Künstlern und anderen Leistungsschutzberechtigten der phonographischen Wirtschaft und der Filmwirtschaft – nur einen geringfügigen Nachteil, der keine Zahlungsverpflichtungen auslöse“⁴⁵. In der Folge werden die diesbezüglichen Überlegungen des Gesetzgebers des

³⁸ S. zu alledem KG Berlin, Urt. v. 14.04.2009, 9 U 3/08 = ZUM 2009, 567, 571 ff.

³⁹ BGH, Urt. v. 24.06.2010, III ZR 140/09 = GRUR 2010, 924.

⁴⁰ Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* v. 11.05.2010, C-467/08, Rn. 70 – *Padawan*.

⁴¹ BGH, Urt. v. 24.06.2010, III ZR 140/09 = GRUR 2010, 924, Rn. 9.

⁴² BGH, Urt. v. 24.06.2010, III ZR 140/09 = GRUR 2010, 924, Rn. 17.

⁴³ Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* v. 11.05.2010, C-467/08, Rn. 66, 79 und 83 – *Padawan*.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 24.06.2010, III ZR 140/09 = GRUR 2010, 924, Rn. 11, 16.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 24.06.2010, III ZR 140/09 = GRUR 2010, 924, Rn. 12.

II. Korbes der deutschen Urheberrechtsreform zum im Urheberrecht insgesamt erreichten Interessenausgleich⁴⁶ nachgezeichnet, um auf dieser Grundlage zu dem Ergebnis zu gelangen, der Gesetzgeber habe sich mit diesen Überlegungen, die sich grundsätzlich als Versuch eines angemessenen Interessenausgleichs im Sinne des Erwägungsgrundes 31 Informationsgesellschafts-Richtlinie auffassen ließen, jedenfalls nicht so weit von den in Erwägungsgrund 35 Sätzen 2, 4 und 6 formulierten Leitlinien entfernt, dass von einem *offenkundigen und erheblichen Verstoß* gegen die Vorgaben der Richtlinie ausgegangen werden könne⁴⁷. Auch im Lichte der Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* in der Rechtssache *Padawan* und der sich andeutenden Ergebnispflicht⁴⁸ ändere sich nichts daran, dass der gerechte Ausgleich im Rahmen des Erwägungsgrundes 31 auf einer Art Gesamtinteressenausgleich zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechtsinhabern beruhe, ohne dass von der Entscheidung in der Rechtssache *Padawan* eine konkrete Äußerung mit Blick auf die Frage der Beteiligung der Sendeunternehmen zu erwarten sei⁴⁹. Die gesamte diesbezügliche Beurteilung erfordere auch keine Vorlage an den EuGH, da es im gegenständlichen Verfahren nur um die erforderlichen Feststellungen für die Beurteilung der *hinreichenden Qualifikation* des Verstoßes gegen das Unionsrecht gehe, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs grundsätzlich dem nationalen Gericht vorbehalten sei⁵⁰.

Die hiergegen wegen einer Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde schlussendlich vom Bundesverfassungsgericht mit Kammerentscheidung v. 10.11.2010 nicht zur Entscheidung angenommen⁵¹. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts bestand keine Erfolgsaussicht in der Sache, da das Gebot des gesetzlichen Richters durch die Nichtvorlage zum EuGH nicht verletzt worden sei. Nach den – in der kurz zuvor ergangenen *Drucker und Plotter*-Entscheidung für das Urheberrecht in Erinnerung gerufenen⁵² – Kriterien für die verfassungsgerichtliche Überprüfung der Vorlagepflicht auf Grundlage der europarechtlichen C.I.L.F.I.T.-Doktrin⁵³ überprüfe das Bundesverfassungsgericht lediglich, ob die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 Abs. 3 AEUV durch das Fachgericht nicht mehr verständlich erscheine oder offensichtlich unhaltbar sei. Dies komme nur in Fällen einer grundsätzlichen Verkennung der Vorlagepflicht, eines bewussten Abweichens

⁴⁶ Vgl. oben C I.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 24.06.2010, III ZR 140/09 = GRUR 2010, 924, Rn. 15.

⁴⁸ Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* v. 11.05.2010, C-467/08, Rn. 83 – *Padawan*.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 24.06.2010, III ZR 140/09 = GRUR 2010, 924, Rn. 16.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 24.06.2010, III ZR 140/09 = GRUR 2010, 924, Rn. 18.

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 10.11.2010, 1 BvR 2065/10 = ZUM 2011, 236.

⁵² BVerfG, Beschl. v. 30.08.2010, 1 BvR 1631/08 = GRUR 2010, 999 – *Drucker und Plotter*.

⁵³ EuGH, Urt. v. 06.10.1982, C-283/81, Slg. I 1982, 3415 = NJW 1983, 1257 – C.I.L.F.I.T.

ohne Vorlagebereitschaft oder – wenn eine einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs noch nicht vorliege – bei einer unvertretbaren Überschreitung des dem letztinstanzlichen Hauptsachegericht notwendigerweise zukommenden Beurteilungsrahmens in Betracht⁵⁴.

Angesichts der diesbezüglichen Ausführungen in seiner Nichtzulassungsentscheidung habe der BGH seine Vorlagepflicht jedenfalls nicht grundsätzlich verkannt⁵⁵. Was im Übrigen die Frage nach einer unvertretbaren Überschreitung des Beurteilungsrahmens des mitgliedstaatlichen Gerichts angehe, sei zweierlei entscheidend: Erstens ändere die Tatsache, dass die Gegenansicht zu Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationengesellschafts-Richtlinie im Sinne eines notwendigen Anspruchs der Sendeunternehmen auf Sicherstellung eines finanziellen Ausgleichs möglicherweise „eindeutig vorzugswürdig“ sei, nichts an der Tatsache, dass der BGH allein die hinreichende *Qualifikation* eines dann folgenden Verstoßes gegen das Unionsrecht beurteilt habe, hinsichtlich derer ihm die Kompetenz zukomme⁵⁶. Zweitens sei hinsichtlich der Überlegungen zu einem verbleibenden Ermessensspielraum, der ja Voraussetzung für die weitere Prüfung der Kriterien der Offenkundigkeit und Erheblichkeit wäre, zwar der EuGH zuständig (wobei das Bundesverfassungsgericht zum Beleg auf die unmittelbar zuvor ergangene EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Padawan verweist⁵⁷) – doch ändere dies nichts daran, dass immer noch „bei einer ex-ante-Betrachtung ein qualifizierter Verstoß gegen die Umsetzungspflicht abzulehnen sein“ könne⁵⁸.

Im Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass insbesondere die Entscheidungen des BGH und des Bundesverfassungsgerichts, soweit hier noch materiell-rechtliche Ausführungen gemacht werden, die dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Fragen ausschließlich auf den Aspekt der hinreichenden Qualifikation eines möglichen Verstoßes gegen das Unionsrecht verengt haben. Die insoweit zugrunde liegende Beurteilung eines offenkundigen oder erheblichen Verstoßes ist zwar der hier gegenständlichen Frage nach den diesbezüglichen zwingenden Vorgaben der Richtlinie und den verbleibenden Spielräumen für die Mitgliedstaaten indirekt verbunden⁵⁹, betrifft sie aber nicht unmittelbar. Die Frage eines *Richtlinienverstoßes*

⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 10.11.2010, 1 BvR 2065/10 = ZUM 2011, 236, Rn. 23.

⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 10.11.2010, 1 BvR 2065/10 = ZUM 2011, 236, Rn. 30.

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 10.11.2010, 1 BvR 2065/10 = ZUM 2011, 236, Rn. 31.

⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 10.11.2010, 1 BvR 2065/10 = ZUM 2011, 236, Rn. 28 mit ausdrücklichem Hinweis auf EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 36 – Padawan.

⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 10.11.2010, 1 BvR 2065/10 = ZUM 2011, 236, Rn. 28.

⁵⁹ Dies insbesondere bzgl. der Frage, inwieweit hinsichtlich der Beteiligung der Sendeunternehmen überhaupt ein nennenswerter Ermessensspielraum bleibt, für dessen Beurteilung der EuGH zuständig wäre, weshalb die Annahme einer Vorlagepflicht des BGH an sich in diesem Verfahren sehr nahe lag, vgl. ebenso im Ergebnis Dreier, GRUR 2010, 1002, 1004. Das Bundesverfassungsgericht, dass diesbezüglich die Entscheidung des BGH nur am Maßstab einer nicht mehr verständlichen oder offensichtlich unhaltbaren Handhabung der Vorlagepflicht prüfte, hat diesen Aspekt auch gesehen und

aufgrund der bestehenden Vergütungsregelungen unter Ausschluss der Sendeunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland ist daher nach deutscher Rechtsprechung offen; sie zu entscheiden, liegt nach der im unmittelbaren Anschluss an die Padawan-Entscheidung des EuGH ausdrücklich festgehaltenen Auffassung des Bundesverfassungsgerichts „in der Zuständigkeit des Gerichtshofs der Europäischen Union“⁶⁰.

2) OLG Dresden in Sachen Internet-Videorecorder

Im Übrigen hat das OLG Dresden im anderen Zusammenhang der urheberrechtlichen Beurteilung des Geschäftsmodells der Betreiber von Internet-Videorecordern eine Ausdehnung der bestehenden Vergütungsregelungen auf die Sendeunternehmen befürwortet, dies aber für dem Gesetzgeber oder (hinsichtlich Anwendung bestehender Vergütungsregelungen im Wege der Rechtsfortbildung) für dem BGH vorbehalten erachtet⁶¹. Im spezifischen Bezug auf die Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie hat sich das OLG Dresden ausdrücklich der Auffassung angeschlossen, der Ausschluss des eigenen Leistungsschutzrechtes der Sendeunternehmen von der Kopiervergütung stehe im Widerspruch zum Wortlaut der Richtlinie⁶². Die allgemeine Argumentationsrichtung des Gerichts ist – unabhängig vom konkreten Sachverhalt – deshalb von besonderem Interesse, weil sie im weiteren Zusammenhang der Entscheidung auf das Interesse der Verbraucher an der Erschließung neuer Märkte durch die Entwicklung neuer Dienstleistungsangebote (über die normale Verwertung hinaus) abstellt, um dann aber in der Folge zu betonen, dass sich eine diesbezüglich überhaupt nicht gewährleistete eigenständige Beteiligung nicht mit dem international- und europarechtlichen Drei-Stufen-Test vereinbaren lasse, während eine Vergütungslösung hier potentiell einen mit Blick auf die Interessen aller Beteiligten angemessenen Weg zu interessengerechten Ergebnissen eröffnen könnte⁶³. Die

mit dem Argument übergangen, selbst eine Ermessensreduzierung auf Null (über die auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts der EuGH entscheiden müsste) ändere noch nichts daran, dass bezüglich der hiervon dann dennoch zu unterscheidenden Frage nach einem hinreichend qualifizierten Verstoß entscheidend sei, ob dem nationalen Gesetzgeber diese Ermessensreduzierung bei einer ex-ante-Betrachtung hätte deutlich sein müssen. Diese Frage sei der Prüfung eines hinreichend qualifizierten Verstoßes zuzurechnen und könne nach der Rechtsprechung des EuGH vom nationalen Gericht beurteilt werden.

⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 10.11.2010, 1 BvR 2065/10 = ZUM 2011, 236, Rn. 28.

⁶¹ OLG Dresden, Urst. v. 28.11.2006, 14 U 1071/06 = NJOZ 2007, 1564, 1569. Vgl. nachgängig BGH, Urst. v. 22.04.2009, I ZR 216/06 = GRUR 2009, 845 – Internet-Videorecorder, der sich zu dieser Frage nicht mehr im Einzelnen geäußert hat, da letztlich eine andere konstruktive Lösung über die Annahme eines Eingriffs in das Senderecht gewählt wurde. S. dazu zuletzt erneut BGH, Urst. v. 11. April 2013, I ZR 152/11 – Internet-Videorecorder II („Shift TV“), Urteilsbegründung liegt noch nicht vor (vgl. die Pressemitteilung des BGH Nr. 64/2013).

⁶² OLG Dresden, Urst. v. 28.11.2006, 14 U 1071/06 = NJOZ 2007, 1564, 1569 f.; ebenso Dreier, in: Ahrens et al. (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, 2006, S. 37, 47.

⁶³ OLG Dresden, Urst. v. 28.11.2006, 14 U 1071/06 = NJOZ 2007, 1564, 1569 f.

Vergütungslösung kann also, wo sie die Erschließung neuer Märkte durch angemessene Beteiligung und Wahrung der berechtigten Interessen der Rechtsinhaber erst ermöglicht, gerade auch im Interesse der Nutzer und Verbraucher liegen⁶⁴. Auf den zugrunde liegenden Zusammenhang des Art. 5 Abs. 2 lit. b) mit dem in Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-Richtlinie für das europäische Recht formulierten Drei-Stufen-Test wird dementsprechend noch zurückzukommen sein⁶⁵.

III. Stand in der neueren Literatur (Überblick)

Der Stand der neueren und europarechtsspezifischen Literatur findet sich hinsichtlich der wesentlichen Argumente *gegen* eine zwingende finanzielle Beteiligung der Sendeunternehmen im Rahmen des gerechten Ausgleichs in den Erläuterungen der Begründung zum II. Korb der deutschen Urheberrechtsreform⁶⁶ sowie in den Ausführungen der deutschen Gerichte zum Hintergrund eines potentiellen Staatshaftungsanspruchs gegen die Bundesrepublik⁶⁷ in den Grundstrukturen abgebildet.

Mit ausführlicher Begründung grundsätzlich gegen ein europarechtliches Gebot der finanziellen Beteiligung der Sendeunternehmen mit ihrem eigenen Leistungsschutzrecht im Rahmen des gerechten Ausgleichs argumentiert in der neueren Literatur, soweit ersichtlich, im Wesentlichen *Schack*, wobei dem im Ergebnis ein Teil der Kommentar- und Handbuchliteratur folgt⁶⁸. Betont wird die Zulässigkeit eines gesamthaften und differenzierenden Ausgleichs der beteiligten Interessen (auf Grundlage der Erwägungsgründe und Zwecksetzung der Richtlinie), für den dann auch eine Rolle spielen müsse, dass die Sendeunternehmen von Privatkopien hinsichtlich ihrer eigentlichen leistungsschutzbegründenden Tätigkeit (der Sendeleistung als solcher) im Kern gar nicht unmittelbar (sondern allenfalls reflexartig) betroffen seien weshalb sie auch keinen „Schaden“ i.S.d. Erwägungsgrundes 35 Satz 3 der Informationsgesellschafts-Richtlinie erlitten. Zu

⁶⁴ Vgl. in ähnliche Richtung im Ergebnis *Dreier*, in: Ahrens et al. (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, 2006, S. 37, 47: gegenwärtige Nichtbeteiligung der Sendeunternehmen könne nicht der Grund sein, die Schrankenbestimmung eng auszulegen; vielmehr sei hier die Vergütungslösung der Weg, um die berechtigten Interessen der Sendeunternehmen zu wahren.

⁶⁵ S. unten F II 1.

⁶⁶ S. oben C I.

⁶⁷ S. oben C II 1.

⁶⁸ *Schack*, GRUR Int. 2009, 490 ff.; im Ergebnis ebenso *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl., 2010, Rn. 708; *Schricker/Loewenheim-Vogel*, UrhG, 4. Aufl., 2010, § 85, Rn. 67 (vgl. aber auch die abweichende, neutrale Kommentierung bei *von Ungern-Sternberg* [s. u. Fn. 7271]). Differenzierend *Riesenhuber*, UFITA 2006, 262, 265 f.: jedenfalls kein Anspruch gerade auf Teilhabe an der Vergütung nach § 54 UrhG auf Grundlage der Richtlinie; anders differenzierend (ohne nähere Begründung) *Schwarz*, ZUM 2003, 1032, 1034 (aus der Sicht der Filmindustrie): Beteiligung nur für Eigenproduktionen der Fernsehsender, die in anderer Weise als durch Sendung genutzt werden; differenzierend auch *Katzenberger*, GRUR Int. 2006, 190, 193 ff.: jedenfalls kein Anspruch für Live-Sendungen (im Übrigen offengelassen).

bedenken sei weiter, dass sie im Übrigen in ihrer Eigenschaft als Tonträger- und Filmhersteller bereits von der Kopiervergütung profitierten, sodass sie bereits „Zahlungen in anderer Form“ im Sinne des Erwägungsgrundes 35 Satz 4 erhielten. Daher sei insbesondere aufgrund der Entstehungsgeschichte (samt Protokollerklärungen der Kommission) und des Telos der Richtlinie gleichermaßen wie im Lichte der zwischenzeitlichen Praxis der Kommission, keine Vertragsverletzungsverfahren in dieser Frage einzuleiten, eine europarechtliche Pflicht zur finanziellen Kompensation nicht anzunehmen, zumal der letzte Satz des Erwägungsgrundes 35 verdeutliche, dass hier auch „Null-Lösungen“ (und gemäß Erwägungsgrund 38 Satz 3 für den analogen Bereich ganz unterschiedliche Lösungen im mitgliedstaatlichen Recht) in Betracht kämen⁶⁹. *Schack* argumentiert dann im Übrigen hilfsweise, dass angesichts der permissiven Praxis der Kommission jedenfalls ein hinreichend qualifizierter Verstoß für einen Staatshaftungsanspruch ausscheide⁷⁰.

Demgegenüber betont die Auffassung *Dreiers*, derzufolge die Richtlinie einen finanziellen Ausgleich zugunsten der Sendeunternehmen zwingend vorschreibt, den eindeutigen Wortlaut der Richtlinie und arbeitet im Einzelnen heraus, dass selbst bei Berücksichtigung des 35. Erwägungsgrundes der Richtlinie in seinem Verhältnis zum Gesetzestext der Richtlinie eine Ausnahme vom Vervielfältigungsrecht ohne Vergütung nur in Betracht komme, wenn (1) den Sendeunternehmen nach den besonderen Umständen ihres Falls schon kein Schaden entstehe (Erwägungsgrund 35 Satz 3), oder wenn (2) die Sendeunternehmen schon Zahlungen in anderer Form erhalten haben, die den ihnen entstandenen Schaden kompensieren (Erwägungsgrund 35 Satz 4), oder wenn (3) der Ausschluss der Sendeunternehmen zu einem „nur geringfügigen Nachteil“ i.S.d. de minimis-Klausel des Erwägungsgrundes 35 Satz 6 führe. Da diese alternativen Voraussetzungen bezüglich des Leistungsschutzrechts der Sendeunternehmen nicht erfüllt seien, verstoße der Ausschluss der Sendeunternehmen von der Privatkopiervergütung gegen die europarechtliche Vorgabe⁷¹. Zum gleichen Ergebnis kommt die wohl überwiegende Auffassung der vorliegenden monographischen Beiträge sowie der Aufsatz- und Kommentarliteratur⁷².

⁶⁹ S. zum Großteil der vorstehenden Argumente näher *Schack*, GRUR Int. 2009, 490, 492 ff.

⁷⁰ Vgl. *Schack*, GRUR Int. 2009, 490, 494.

⁷¹ So *Dreier*, Gutachten, S. 29 ff.; *ders.*, in: Ahrens et al. (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, 2006, S. 37, 47; *Dreier/Schulze-Dreier*, UrhG, UrhG, 3. Aufl., 2008, § 87, Rn. 24.

⁷² So *Götting*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, 2004, S. 47 ff. (Gutachten für den VPRT); *Weber*, ZUM 2003, 1037 ff. (als Vertreter des ZDF); *Flechtsig*, ZUM 2004, 249 ff. (als Syndikus des SWR); *Arnold/Langhoff*, ZUM 2006, 605 ff. (aus der Sicht der VG Media); *von Olenhusen*, MR-Int. 2008, 6, 7 ff.; *Ullrich*, GRUR Int. 2009, 283, 290 ff.; *Wandtke/Bullinger-Ehrhardt*, UrhG, 3. Aufl., 2009, § 87, Rn. 21; grundlegend *Triebe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopiervergütung, 2008. Offen gelassen bei *Schricker/Loewenheim-von Ungern-Sternberg*, UrhG, 4. Aufl., 2010, § 87, Rn. 45.

Dabei sind die vorstehend umrissenen und belegten, spezifischen und ausführlicheren Äußerungen in der Literatur, die im zeitlichen Zusammenhang des Staatshaftungsverfahrens wellenartig angeschwollen war, fast ausnahmslos interessengebunden oder auf interessengebundene Anregung hin erfolgt⁷³. Die soweit ersichtlich einzige *neutrale* monographische Untersuchung aus neuerer Zeit, die die bestehende europarechtliche Vorgabe schon umfassend einbezieht⁷⁴, kommt zu dem Ergebnis, dass die europarechtliche Beurteilung eine Beteiligung jedenfalls der privaten Sendeunternehmen zwingend vorschreibe⁷⁵.

Entscheidend ist zudem zu berücksichtigen, dass sämtliche der vorliegenden Untersuchungen die zwischenzeitlich in erheblichem Umfang ergangene Rechtsprechung des EuGH zu Art 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie (sowie die neuere Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der angemessenen Vergütung in der Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie) noch nicht verarbeiten konnten⁷⁶. An diesem Maßstab sind die entsprechenden Auffassungen in der Literatur gleichermaßen wie die Begründung zum II. Korb der deutschen Urheberrechtsreform und die Äußerungen der Rechtsprechung im Zusammenhang des Staatshaftungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland nunmehr in erster Linie zu messen.

IV. Zwischenergebnis

Der deutsche Gesetzgeber des II. Korbs der deutschen Urheberrechtsreform war der Auffassung, dass eine europarechtliche Vorgabe hinsichtlich der Frage der Beteiligung der Sendeunternehmen nicht existiere und hat sich dafür im

⁷³ Vgl. zu diesem Problem zutreffend schon *Schack*, GRUR Int. 2009, 490, 491.

⁷⁴ S. *Triebe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 221 ff. Die im Übrigen von *Schack* für seine Auffassung angeführte ausführlichere Stellungnahme bei *von Münchhausen*, Der Schutz der Sendeunternehmen nach deutschem, europäischem und internationalem Recht, 2001, S. 273 ff., argumentiert demgegenüber noch auf Grundlage des geänderten Vorschlags der Richtlinie v. 25.06.1999, ABI. EG 1999, Nr. C 180 v. 25.06.1999, S. 6 ff., der aber in seinem einschlägigen (und von ihr als *ausschließliches* Argument herangezogenem) Erwägungsgrund 26 noch ausdrücklich für die „Sicherstellung eines gerechten Ausgleichs“ den Mitgliedstaaten anheimstellte, ob sie hierfür Vergütungsregeln einführen oder beibehalten wollten (insoweit zum Teil entsprechend dem heutigen Erwägungsgrund 38), während ein spezifischer Erwägungsgrund zur näheren Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs in den Fällen zwingend vorgesehenen gerechten Ausgleichs (entsprechend dem heutigen Erwägungsgrund 35) in diesem Geänderten Vorschlag noch vollkommen fehlte. *Von Münchhausens* Argumentation ist daher auf die letztendlich verabschiedete Fassung der Informationsgesellschafts-Richtlinie von 2001 für die hier im Mittelpunkt stehende europarechtliche Fragestellung nicht übertragbar und wurde aus diesem Grund auch in den Belegen bei Fn. 68 nicht aufgeführt. Vgl. allgemein näher zur Entstehungsgeschichte des Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie *Triebe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 234 ff. mwN.

⁷⁵ S. zusammenfassend *Triebe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 261; vgl. auch schon oben S. 10 ff. zu der von ihm aber befürworteten Differenzierung zwischen Live-Sendungen und sonstigen Sendungen.

⁷⁶ Äußerungen in der Literatur zu den neuen Urteilen, die für die hier gegenständliche Fragestellung relevant sind, werden noch in der Folge im jeweiligen Zusammenhang der Urteile diskutiert.

Wesentlichen auf Erwägungsgrund 35 der Informationsgesellschafts-Richtlinie sowie auf die bestehende divergente Praxis in den Mitgliedstaaten berufen⁷⁷.

Die deutsche Rechtsprechung hat sich mit der hier gegenständlichen Problematik bisher in erster Linie im Rahmen des Staatshaftungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland befasst⁷⁸. Dabei wurde über die Frage eines Richtlinienverstößes aufgrund der derzeitigen gesetzlichen Lage nicht entschieden. Vielmehr stand die Beurteilung des als Voraussetzung des Staatshaftungsanspruchs entscheidenden Aspekts einer hinreichenden Qualifikation eines möglichen Verstoßes gegen das Unionsrecht im Mittelpunkt. Die hierfür entscheidende Frage nach dem Vorliegen eines offenkundigen oder erheblichen Verstoßes ist zwar der hier gegenständlichen Frage nach den diesbezüglichen zwingenden Vorgaben der Richtlinie und den verbleibenden Spielräumen für die Mitgliedstaaten indirekt verbunden, betrifft sie aber nicht unmittelbar. Die Frage eines Richtlinienverstößes aufgrund der bestehenden Vergütungsregelungen unter Ausschluss der Sendeunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland ist daher nach deutscher Rechtsprechung offen. Sie zu entscheiden, liegt nach der im Staatshaftungsverfahren ausdrücklich festgehaltenen Auffassung des Bundesverfassungsgerichts in der Zuständigkeit des Gerichtshofs der Europäischen Union.

Die deutsche Literatur ist in der Frage einer Beteiligung der Sendeunternehmen zwiegespalten und zum Teil von interessen gebundenen Stellungnahmen geprägt⁷⁹. Große Teile der in der bisherigen Literatur erarbeiteten Ergebnisse werden zudem dadurch erheblich relativiert, dass die zwischenzeitlich in großem Umfang ergangene Rechtsprechung des EuGH zur Informationsgesellschafts-Richtlinie noch nicht verarbeitet werden konnte. Die soweit ersichtlich einzige nicht aus der Praxis angeregte ausführliche und spezifische monographische Untersuchung der hier gegenständlichen Frage aus neuerer Zeit, die zumindest die bestehende Lage im Richtlinienrecht (nicht aber die aktuelle EuGH-Rechtsprechung) schon umfassend einbeziehen konnte, kommt zu dem Ergebnis, dass die europarechtliche Beurteilung eine Beteiligung jedenfalls der privaten Sendeunternehmen zwingend gebiete.

⁷⁷ S. oben C I.

⁷⁸ S. oben C II.

⁷⁹ S. oben C III.

D. Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum gerechten Ausgleich und zur angemessenen Vergütung

I. Bisher ergangene Urteile

1) Padawan

a) *Das Urteil des EuGH*

In der europaweit vielbeachteten⁸⁰ Padawan-Entscheidung aus dem Jahr 2010⁸¹ hat der EuGH erstmals zu den europarechtlichen Rahmenbedingungen der Regelung „gerechten Ausgleichs“ im mitgliedstaatlichen Recht auf Grundlage von Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie Stellung genommen.

Entgegen dem ausdrücklichen Vortrag der Kommission, die (bei grundsätzlich jedenfalls ausschließlicher Orientierung auf eine *finanzielle* Kompensation) entsprechend ihrer bisher geäußerten und praktizierten Haltung weiterhin der Auffassung war, die Informationsgesellschafts-Richtlinie überlasse den Mitgliedstaaten bezüglich des gerechten Ausgleichs die Festlegung „sowohl [der] Finanzierungsmodalitäten dieser Entschädigung als auch – in dem Fall, dass sie sie im Wege einer Abgabe finanzierten – [der] Einzelheiten dieser Abgabe ... innerhalb der durch das Gemeinschaftsrecht festgelegten Schranken, allen voran der Grundrechte und der allgemeinen Rechtsgrundsätze“⁸², entschied der EuGH nicht nur – wie schon im früheren SENA-Urteil zur „angemessenen Vergütung“ im Rahmen der Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie⁸³ – anhand einer auf Wortlaut, Systematik und Telos basierten Auslegung der Richtlinie, dass der Begriff des gerechten Ausgleichs autonom und einheitlich auszulegen ist⁸⁴, sondern entwickelte auch bestimmte unionsrechtliche Leitlinien zur *Konkretisierung* des Begriffs des gerechten Ausgleichs⁸⁵.

⁸⁰ *Bonario/Cantore*, EIPR 2011, 33(4), 260; *Brenken*, WRP 2013, 48; *Dreher*, ELR 2010, 382; *Dreier*, ZUM 2011, 281; *Frank*, CR 2011, 1; *Hoeren*, MMR 2010, 831 (Anm.); *Jani/Ebbinghaus*, GRUR-Prax 2011, 71; *Karapapa*, EIPR 2011, 33(4), 252; *Klett*, K&R 2010, 800 (Anm.); *Klett/Apetz-Dreier*, K&R 2011, 633; *Kröber*, GRUR 2011, 55 (Anm.); *Minero*, EIPR 2011, 33(7), 465; *Müller*, GRUR-Prax 2012, 255; *Peifer*, jurisPR-WettbR 12-2010 Anm. 2; *Ullmann*, CR 2012, 288; *ders.*, jurisPR-WettbR 8-2012 Anm. 2; *Verweyen*, GRUR 2012, 875; *Walter*, MR-Int 2010, 115 (Anm.).

⁸¹ EuGH, Ur. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50 – Padawan.

⁸² Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak v. 11.05.2010, C-467/08, Rn. 32 – Padawan. So in der Literatur im Vorfeld der Padawan-Entscheidung auch noch *von Lewinski/Walter*, European Copyright Law, A Commentary, 2010, 11.5.24 mit ausführlicher Erläuterung des rechtspolitischen Hintergrundes für die Verwendung des Begriffs des gerechten Ausgleichs mit Blick auf die Rücksichtnahme auf die Rechtstradition in England und Irland, die traditionell nicht über ein System der Privatkopiervergütung mit entsprechenden Abgaben verfügen. Nunmehr im Lichte der neueren EuGH-Rechtsprechung aber korrigiert bei *Walter*, MR-Int. 2010, 121, 122 (vgl. bei u. Fn. 113).

⁸³ EuGH, Ur. v. 06.02.2003, C-245/00, Slg. I 2003, 1251 = GRUR 2003, 325 – SENA.

⁸⁴ EuGH, Ur. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 29 ff. – Padawan.

⁸⁵ EuGH, Ur. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 38 ff. – Padawan. Genau wie hier neuestens auch die Lesart der Entscheidung bei Generalanwältin *Sharpston*, Schlussanträge v. 24.01.2013, C-457/11, Rn. 14 – VG Wort ./ Kyocera: „Der Gerichtshof hat die Auffassung der Kommission verworfen, dass die Modalitäten der Finanzierung des gerechten

Dieser zweitgenannte Aspekt ist für die dogmatische Einordnung der Entscheidung im Vergleich zum älteren SENA-Urteil überaus wesentlich. Er fügt sich im Übrigen in eine allgemein zu beobachtende Entwicklung überaus aktiver, harmonisierungsorientierter Rechtsprechung des EuGH zur Informationsgesellschafts-Richtlinie ein⁸⁶, die sich eben nicht auf die Formulierung allgemeiner Maßstäbe auf Unionsrechtsebene beschränkt, sondern vielmehr vergleichsweise engmaschige Vorgaben macht bis hin zum regelrecht durchgreifenden Entscheid anhand der vom vorlegenden Gericht ermittelten Sachverhalte in einzelnen Fällen⁸⁷. Auch in Padawan bleibt der EuGH dementsprechend gerade nicht bei der, hinsichtlich der *Konkretisierungstiefe* (oder *Harmonisierungsdichte*) auf Unionsrechtsebene zunächst einmal noch neutralen⁸⁸, prinzipiellen Aussage aus dem älteren SENA-Urteil zur angemessenen Vergütung dahingehend stehen, der Begriff des gerechten Ausgleichs sei als Begriff des Unionsrechts autonom auszulegen. Vielmehr geht er für den Begriff des gerechten Ausgleichs über den damaligen (wohl auch dem Vortrag und der Praxis der Kommission zu Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie zugrunde liegenden) Ansatz, die Mitgliedstaaten seien auf dieser Grundlage hinsichtlich der weiteren Einzelheiten der Konkretisierung im Rahmen der jeweiligen Richtlinienvorschriften, der allgemeinen unionsrechtlichen Vorschriften und gemeinsamen Rechtsgrundsätze im Ergebnis vergleichsweise weitgehend frei⁸⁹, entscheidend hinaus. Denn er beginnt in der Folge, den europarechtlichen Rahmen des gerechten Ausgleichs leitlinienartig auszugestalten und so den verbleibenden Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten durch „verdichtende“ *Konkretisierung* des Begriffs auf Unionsrechtsebene einzuschränken⁹⁰. Dem liegt die berechtigte

Ausgleichs nicht durch die Richtlinie geregelt seien und deren Festlegung daher den Mitgliedstaaten ... freistehe...“.

⁸⁶ S. neuestens auch wiederum Generalanwältin *Sharpston*, im Ausgangspunkt der Schlussanträge v. 24.01.2013, C-457/11, Rn. 29 – VG Wort ./ Kyocera: „progressiver, anpassungsorientierter und harmonisierender Auslegungsansatz“.

⁸⁷ Vgl. mit diesbezüglichen Beispielen aus der Rechtsprechung zum aufgrund der Informationsgesellschafts-Richtlinie entwickelten Werkbegriff *Leistner*, ZGE 2013, 4, 10 ff., 43 f.

⁸⁸ Vgl. im Zusammenhang des europäischen Werkbegriffs *Leistner*, ZGE 2013, 4, 9 f. S. auch der kurze Hinweis bei BGH, Urt. v. 24.06.2010, III ZR 140/09 = GRUR 2010, 924, Rn. 16.

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 06.02.2003, C-245/00, Slg. I 2003, 1251 = GRUR 2003, 325, Rn. 34 ff. – SENA, wobei aber auch in der damaligen Entscheidung bezüglich der angemessenen Vergütung dann in der Folge des Urteils schon eine gewisse Konkretisierung dahingehend erfolgt war, dass sich die Vergütung insbesondere am wirtschaftlichen Wert der Nutzung eines geschützten Gegenstandes orientieren müsse (s. aaO., Rn. 37).

⁹⁰ S. bezüglich der Padawan-Entscheidung in genau diese Richtung ausführlicher *Hartmann-Vareilles/Messina*, *The lacunae of the EU legal system and the role of the Court of Justice of the EU: two selected examples*, ERA Forum (2011) 12, S. 175, 176 ff.; ebenso aus allgemein europarechtlicher, methodischer Perspektive auf die Entwicklung vom SENA- zum Padawan-Urteil auch *Roth*, ECRL 2011, 425, 433 f.: höherer Konkretisierungsgrad aufgrund der ausführlichen Erwägungsgründe der Richtlinie; dies (im anderen Zusammenhang des Werkbegriffs) aufgreifend für die Informationsgesellschafts-Richtlinie insgesamt auch *Leistner*, ZGE 2013, 9 ff., 43 f.; *ders.*, *Die Methodik des EuGH und die Garantenfunktion der nationalen Gerichte bei der Fortentwicklung des europäischen Urheberrechts*, S. 2 ff., im Erscheinen (abrufbar unter <https://www.jura.uni->

Überlegung zugrunde, dass der Begriff des gerechten Ausgleichs bei Auslegung aufgrund der Zielsetzung der Richtlinie und auf Grundlage der ausführlichen Begründungserwägungen schon auf Unionsrechtsebene in *höherem* Maße konkretisiert werden kann als zuvor der Begriff der angemessenen Vergütung⁹¹.

Im Ausgangspunkt hält der EuGH fest, dass die Mitgliedstaaten, die von der durch Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie eingeräumten Möglichkeit zur Einführung oder Beibehaltung der Privatkopierschranke Gebrauch machen, „die Zahlung eines gerechten Ausgleichs zugunsten der durch die Anwendung dieser Ausnahme verletzten Urheber vorsehen“ müssen⁹². Der gerechte Ausgleich betrifft also eine Kompensation durch Geldzahlung. Im Übrigen stünde es den Mitgliedstaaten, „unabhängig von deren Befugnis, innerhalb der vom Unionsrecht, insbesondere von der Richtlinie, auferlegten Grenzen die Form, die Art und Weise der Finanzierung und Erhebung sowie die Höhe dieses gerechten Ausgleichs festzulegen“⁹³, nicht frei, „dessen Parameter inkohärent, nicht harmonisiert und möglicherweise von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat verschieden auszugestalten“⁹⁴.

Dies wird zum Ausgangspunkt für die sich anschließende Konkretisierung auf Grundlage von Erwägungsgründen 35 und 38 der Richtlinie. Demzufolge ist der entscheidende Anknüpfungspunkt für die Konzeption und Höhe des gerechten Ausgleichs der Zusammenhang mit dem *Schaden*, der sich aus der (ungenehmigten) Vervielfältigung der geschützten Werke für den privaten Gebrauch ergibt. Der gerechte Ausgleich ist als eine „Gegenleistung für den ... entstandenen Schaden zu sehen“⁹⁵. Zugleich wird klargestellt, dass eine Verpflichtung zur Schaffung eines Ausgleichssystems „durch das Bestehen eines Nachteils zulasten der Rechtsinhaber

bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Zivilrecht4/Manuskript_e_Leistner/Die_Methodik_des_EuGH_und_die_Garantenfunktion_der_nationalen_Gerichte_bei_der_Fortentwicklung_des_europaeischen_Urheberrechts.pdf).

⁹¹ EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 34 ff. – Padawan. S. aus allgemein europarechtlicher Sicht zu der Entscheidung *Roth*, ECRL 2011, 425, 434; vgl. zur genau ähnlichen Entwicklung im Zusammenhang der Ausprägung des europäischen Werkbegriffs *Leistner*, ZGE 2013, 9 ff., 43 f.; *ders.*, Die Methodik des EuGH und die Garantenfunktion der nationalen Gerichte bei der Fortentwicklung des europäischen Urheberrechts, aaO. (o. Fn. 90), S. 2 ff. Zuletzt im Ausgangspunkt in die gleiche Richtung Generalanwältin *Sharpston*, Schlussanträge v. 24.01.2013, C-457/11, Rn. 29 – VG Wort ./ Kyocera: „Aus den Erwägungsgründen ergibt sich, dass der Gesetzgeber nicht nur bestrebt war, so weit wie möglich die für den Binnenmarkt notwendige Einheitlichkeit zu verwirklichen, sondern auch eine Anpassung an neue Formen der Verwertung und der Nutzung sowie an technische Entwicklungen ermöglichen wollte. Deshalb lässt sich für die Richtlinie durchaus ein progressiver, anpassungsorientierter und harmonisierender Auslegungsansatz rechtfertigen“. Damit ist insbesondere die herrschende Auffassung in der Literatur, die aufgrund der Entstehungsgeschichte der Richtlinie davon ausgegangen war, der Begriff des gerechten Ausgleichs weise ein höheres Maß an Flexibilität auf als der Begriff der angemessenen Vergütung nach der Padawan-Entscheidung so nicht mehr haltbar, vgl. dazu schon oben Fn. 82 und noch bei u. Fn. 113.

⁹² EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 36 – Padawan.

⁹³ EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 37 – Padawan.

⁹⁴ EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 36 – Padawan.

⁹⁵ EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 40 – Padawan.

ausgelöst wird, eines Nachteils, der grundsätzlich die Verpflichtung begründet, diesen 'zu vergüten' oder 'auszugleichen'⁹⁶.

Allerdings hält auch der EuGH im unmittelbaren Anschluss an Erwägungsgrund 35 (im Zusammenhang des der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts obiter dictum) fest, dass lediglich „geringfügige Nachteile“ keine Zahlungsverpflichtung begründen könnten⁹⁷. Wie der EuGH diesen letzten Satz des Erwägungsgrundes 35 konkret interpretiert, wird dann in der Folge deutlich, wenn es um den Schuldner des gerechten Ausgleichs (grundsätzlich die Nutzer⁹⁸) und die Einzelheiten der Erhebung einer Abgabe für Privatkopien geht. Soweit der EuGH hier zulässt, im Wege einer Privatkopierabgabe anstatt auf die unmittelbaren Nutzer auf die Anbieter der Anlagen, Geräte, Medien oder Dienstleistungen zur Vervielfältigung abzustellen⁹⁹ (die ihre Belastung wiederum indirekt über den Preis auf die einzelnen Erwerber abwälzen könnten¹⁰⁰), rechtfertigt er diese Pauschalierungsmöglichkeit neben dem Hinweis auf praktische Schwierigkeiten einer Identifizierung und Erfassung einzelner privater Nutzer nämlich auch mit dem „Umstand[s], dass sich dieser Nachteil, der sich aus jeder privaten Nutzung ergeben kann, *einzelnen betrachtet* möglicherweise als geringfügig erweist und deshalb, wie der letzte Satz des 35. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2001/29 ausführt, keine Zahlungsverpflichtung begründet“¹⁰¹. Anders ausgedrückt geht es an dieser Stelle nach Auffassung des EuGH in der Tat um eine Art de minimis-Klausel für *individuelle Nutzungshandlungen einzelner Nutzer*, die eben nicht sozusagen punktgenau auszugleichen seien¹⁰².

In der Folge begründet der EuGH, dass auf dieser Basis eine Privatkopierabgabe für alle Anlagen, Geräte und Medien in Betracht kommt, die natürlichen Personen zu privaten Zwecken überlassen werden, da es für einen „Schaden“ i.S.d. gerechten Ausgleichs nicht auf den Nachweis eines konkreten Schadens durch tatsächlich angefertigte Privatkopien ankomme. Vielmehr genüge für die Anknüpfung der Privatkopierabgabe die bloße technische Möglichkeit natürlicher Personen, zu privaten Zwecken Privatkopien anzufertigen (dies u.a. wegen des Verweises auf einen nur „etwaigen“ Schaden in Erwägungsgrund 35 der Informationsgesellschafts-Richtlinie)¹⁰³. Nur bei Anlagen, Geräten und Medien, die „von anderen als natürlichen Personen zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien erworben“ würden, wo also die Verwendung zum privaten Gebrauch von vornherein

⁹⁶ EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 41 – Padawan.

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 39 – Padawan in zusammenfassender Wiedergabe der Erwägungsgründe 35 und 38 der Richtlinie.

⁹⁸ EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 45 – Padawan.

⁹⁹ EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 46 – Padawan.

¹⁰⁰ EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 48 f. – Padawan.

¹⁰¹ EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 46 – Padawan (Hervorh. d. Verf.).

¹⁰² So zuvor in der Literatur schon Dreier, Gutachten, S. 28 f.

¹⁰³ EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 54 ff. – Padawan.

eindeutig ausgeschlossen sei, stehe die unterschiedslose Anwendung einer Abgabe gerade zum Ausgleich lediglich privater Kopien (wie im spanischen Recht) nicht im Einklang mit Art. 5 Abs. 2 der Informationsgesellschafts-Richtlinie¹⁰⁴.

b) Reaktionen auf das Padawan-Urteil und seine Folgen

In der europäischen Literatur zum Padawan-Urteil standen naturgemäß einerseits die Frage nach den verbleibenden Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung eines Systems unterschiedsloser Abgaben auf zu privaten oder gewerblichen Zwecken vertriebene Geräte oder Medien sowie weitere Einzelheiten der Erhebung der Kopiervergütung auf bestimmte Geräte und Medien im Mittelpunkt¹⁰⁵. Die diesbezügliche (sozusagen schuldner- oder erhebungsbezogene) Diskussion ist für die hier betrachtete Fragestellung nur am Rande wesentlich und daher nicht weiter zu verfolgen.

Festzuhalten ist lediglich, dass jedenfalls in Systemen mit einer ausschließlich auf *private* Kopien bezogenen Abgabe eine unterschiedslose Erhebung für sämtliche Geräte oder Medien (unabhängig vom Vertrieb an natürliche Personen oder an gewerbliche Abnehmer) nicht länger in Betracht kommt¹⁰⁶. Entsprechend wurde in Spanien das bestehende Vergütungssystem auf Grundlage einer Geräte- und Medienabgabe schon Ende 2011 ausgesetzt und ist durch ein aus dem Staatshaushalt finanziertes System ersetzt worden¹⁰⁷, welches sich nach seiner nochmaligen gesetzlichen Konkretisierung durch ein Königliches Dekret v. 8. Dezember 2012 nunmehr hinsichtlich der einzelnen Aspekte des Schadens der Rechtsinhaber als Anknüpfungspunkt und der Faktoren für die Schätzung der Höhe der Kompensation an die ausdrücklichen Vorgaben der Richtlinie und der unmittelbar einschlägigen EuGH-Rechtsprechung anlehnt¹⁰⁸. Eine vergleichbare Entwicklung ist in Frankreich zu beobachten, wo am 20. Dezember 2011 ein neues Gesetz zur Vergütung von Privatkopien verabschiedet wurde¹⁰⁹, nachdem zuvor der Conseil d'État auf Grundlage des Padawan-Urteils einen Beschluss der *Commission copie privée* zu den Einzelheiten der Erhebung und Verteilung der Privatkopierabgabe auf Grundlage von Art. 311-1 ff. Code de la Propriété Intellectuelle wegen

¹⁰⁴ EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 53 – Padawan.

¹⁰⁵ *Bonario/Cantore*, EIPR 2011, 33(4), 260; *Brenken*, WRP 2013, 48; *Dreher*, ELR 2010, 382; *Dreier*, ZUM 2011, 281; *Frank*, CR 2011, 1; *Hoeren*, MMR 2010, 831 (Anm.); *Jani/Ebbinghaus*, GRUR-Prax 2011, 71; *Karapapa*, EIPR 2011, 33(4), 252; *Klett*, K&R 2010, 800 (Anm.); *Klett/Apetz-Dreier*, K&R 2011, 633; *Kröber*, GRUR 2011, 55 (Anm.); *Minero*, EIPR 2011, 33(7), 465; *Müller*, GRUR-Prax 2012, 255; *Peifer*, jurisPR-WettbR 12-2010 Anm. 2; *Ullmann*, CR 2012, 288; *ders.*, jurisPR-WettbR 8-2012 Anm. 2; *Verweyen*, GRUR 2012, 875; *Walter*, MR-Int 2010, 115 (Anm.).

¹⁰⁶ S. für Spanien schon frühzeitig *Minero*, EIPR 2011, 33(7), 465, 468 f., dort auch zu möglichem Anpassungsbedarf in anderen Mitgliedstaaten.

¹⁰⁷ S. Königliches Dekret 20/2011 v. 30.12.2011, BOE Núm. 315, Sec. I, 146574.

¹⁰⁸ S. im Einzelnen Art. 3 des Königlichen Dekrets 1657/2012 v. 07.12.2012, BOE Núm. 295, Sec. I, 84141, zu den Faktoren für die Schätzung der Höhe der Kompensation. Im Einzelnen wird auf eine Schätzung der Zahl der vorgenommenen Kopien (unter Ausschluss der nur gewerblich genutzten Anlagen, Geräte und Leermidien und unter Berücksichtigung der gesetzlichen Ausschlüsse von der Vergütungspflicht) (lit. a), auf die Auswirkung der Privatkopien auf den Verkauf der Original Exemplare unter Berücksichtigung des tatsächlichen Substitutionsgrades bei den Verbrauchern (lit. b), den Anteil der betroffenen geistigen Eigentumsrechte am Preis (lit. c), die unterschiedliche Auswirkung digitaler und analoger Kopien (lit. d) sowie den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen (lit. e) abgestellt.

¹⁰⁹ Loi No. 2011-1898 du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée, JORF n°0295 du 21 décembre 2011 page 21546.

Verstoßes gegen das Unionsrecht aufgehoben hatte¹¹⁰. Auch in Deutschland dauert die Diskussion um einen durch Padawan möglicherweise schon konkret ausgelösten Reformbedarf an¹¹¹.

Für die hier behandelte Fragestellung von größerer Relevanz ist der zweite Schwerpunkt der akademischen Diskussion des Padawan-Urteils, der sich auf die Einzelheiten des vom EuGH für die Bestimmung des gerechten Ausgleichs in den Mittelpunkt gerückten *Schadensbegriffs* bezieht. Unter Hinweis auf die unterschiedlichen Sprachfassungen des Urteils ist in der Literatur praktisch einhellig hervorgehoben worden, dass es an dieser Stelle jedenfalls nicht auf einen konkreten (oder gar im Einzelnen nachzuweisenden) Schaden, sondern auf eine Interessenbeeinträchtigung im weiteren Sinne als Anknüpfungspunkt für einen Ausgleich der von Rechtsinhabern erlittenen Nachteile ankommt¹¹². Auf dieser Basis geht es aber jedenfalls um einen Ausgleich in Form einer Vergütung in Geld, für die neben tatsächlich erlittenen Schäden der Rechtsinhaber auch andere Faktoren, wie entgangene Nutzungsentgelte o.Ä., ein möglicher Anknüpfungspunkt sein könnten¹¹³.

Der Begriff des Schadens als zentraler Anknüpfungspunkt des gerechten Ausgleichs ist also im Padawan-Urteils nicht abschließend definiert worden¹¹⁴. Hinsichtlich der Konsequenzen des Padawan-Urteils für das mitgliedstaatliche Recht und insbesondere für die hier gegenständliche Fragestellung wird es daher in der Folge noch darauf ankommen, die diesbezüglich möglichen und diskutierten

¹¹⁰ Vgl. Beschluss Nr. 11 der *Commission copie privée* v. 17.12.2008, JORF n°0297 du 21 décembre 2008 page 19670, abrufbar unter <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019962964> (zuletzt abgerufen am 11.04.2013); dazu die Entscheidung des Conseil d'État v. 17.06.2011, Nos 324816. Auch das neue Gesetz war mit Blick auf seine Übergangsvorschriften für den Zeitraum bis zu einem neuen, rechtswirksamen Beschluß der *Commission copie privée* mittlerweile Gegenstand gerichtlicher Überprüfung und ist insoweit teilweise für verfassungswidrig erklärt worden. Vgl. Entscheidung des Conseil constitutionnel v. 20.07.2012 zu Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes v. 20.12.2011, der für verfassungsgemäß erklärt wurde; hinsichtlich der rückwirkenden Verleihung von Gesetzeskraft (*validation législative*) für einzelne Teile des ursprünglichen Beschlusses Nr. 11 der *Commission Copie privée* wurde Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes demgegenüber kürzlich für verfassungswidrig erklärt, vgl. Urteil des Conseil constitutionnel v. 15.01.2013, Décision n° 2012-287 QPC, abrufbar unter <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2012-287-qpc/decision-n-2012-287-qpc-du-15-janvier-2013.135598.html> (zuletzt abgerufen am 11.04.2013). Vgl. im Übrigen zu den in Österreich aufgrund des Luksan-Urteils unmittelbar angestoßenen legislativen Reformschritten noch unten S. 38 ff.

¹¹¹ S. die deutschsprachigen Nachweise oben Fn. 105. Vgl. nunmehr neuestens zum deutschen Recht EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11 – VG Wort ./ Kyocera.

¹¹² Dreier, ZUM 2011, 281, 283; Karapapa, EIPR 2011, 33(4), 252, 254; Walter, MR-Int 2010, 121, 122. Vgl. auch schon zuvor von Lewinski/Walter, European Copyright Law, A Commentary, 2010, 11.5.25. zu den Problemen des Schadensbegriffs.

¹¹³ S. eindeutig Walter, MR-Int 2010, 121, 122: Der Gerichtshof geht von einer gesonderten Vergütungspflicht, also von einem gesetzlichen Vergütungsanspruch aus; a.A. noch von Lewinski/Walter, European Copyright Law, A Commentary, 2010, 11.5.24 f., im Vorfeld des Urteils, wo hinsichtlich des gerechten Ausgleichs die Flexibilität des Begriffs und die daraus resultierenden Ermessensspielräume der Mitgliedstaaten betont werden. Dies ist hinsichtlich des Grundsatzes finanzieller Kompensation (also einer zu gewährleistenden angemessenen Vergütung) durch die neue EuGH-Rechtsprechung also überholt.

¹¹⁴ S. ebenso die aktuellen Vitorino-Empfehlungen im Auftrag der Kommission, näher unten E.

Beurteilungskriterien näher herauszuarbeiten¹¹⁵ und auf ihrer Grundlage einen möglichen Schaden hinsichtlich des spezifischen Leistungsschutzrechts der Sendeunternehmen zu beurteilen¹¹⁶.

2) Stichting de Thuiskopie

a) *Das Urteil des EuGH*

In der nachfolgenden Stichting de Thuiskopie-Entscheidung von 2011¹¹⁷ ging es um Fragen der Erhebung des gerechten Ausgleichs durch Abgaben für Hersteller und Importeure in grenzüberschreitenden Sachverhalten. Die wesentlichen Argumente des EuGH werden hier nur insoweit nachgezeichnet, wie sie für die untersuchungsgegenständliche Fragestellung relevant sein könnten.

Der EuGH bestätigt, dass die Einführung einer Privatkopieausnahme im innerstaatlichen Recht nach Art 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie zu der europarechtlichen Verpflichtung führe, „die Zahlung eines ´gerechten Ausgleichs´ an den Rechtsinhaber vorzusehen“¹¹⁸. Aus dogmatischer Sicht sei dies eine Konkretisierung des dritten Elements des in Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-Richtlinie niedergelegten Drei-Stufen-Tests (keine ungebührliche Verletzung der berechtigten Interessen des Rechtsinhabers)¹¹⁹. Auf dieser Basis und unter Berücksichtigung des Erwägungsgrundes 9 der Richtlinie, demzufolge „der Unionsgesetzgeber für das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte ein hohes Schutzniveau gewährleisten wollte, da diese Rechte für das geistige Schaffen wesentlich sind“¹²⁰, ergebe sich aus Art. 5 Abs. 2 lit. b) und dem 35. Erwägungsgrund der Richtlinie, „dass in den Mitgliedstaaten, die die Privatkopieausnahme eingeführt haben, die Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten müssen, damit ihnen die Nutzung ihrer geschützten Werke oder sonstigen Schutzgegenstände auch ohne

¹¹⁵ S. noch unten D I 3 und E.

¹¹⁶ S. unten F II.

¹¹⁷ EuGH, Urt. v. 16.06.2011, C-462/09, ABI. EU 2011, Nr. C 232, 7 = GRUR 2011, 909 – Stichting de Thuiskopie.

¹¹⁸ EuGH, Urt. v. 16.06.2011, C-462/09, ABI. EU 2011, Nr. C 232, 7 = GRUR 2011, 909, Rn. 22 – Stichting de Thuiskopie unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Slg. I 2010, 10055 = GRUR 2011, 50, Rn. 30 – Padawan.

¹¹⁹ EuGH, Urt. v. 16.06.2011, C-462/09, ABI. EU 2011, Nr. C 232, 7 = GRUR 2011, 909, Rn. 21 f. – Stichting de Thuiskopie, vgl. auch Rn. 33. Vgl. zuletzt zum Zusammenhang mit dem Drei-Stufen-Test und der diesbezüglichen Konkretisierung im internationalen Recht aufgrund des WTO-Panel Report zum Drei-Stufen-Test auf Grundlage von Art. 13 TRIPs (United States – Section 110 (5) US Copyright Act, WTO-Panel Report, WT/DS160/R v. 15.06.2000, § 6.97 ff.) auch Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston v. 24.01.2013, C-457/11, Rn. 8 f. – VG Wort ./ Kyocera.

¹²⁰ EuGH, Urt. v. 16.06.2011, C-462/09, ABI. EU 2011, Nr. C 232, 7 = GRUR 2011, 909, Rn. 32 – Stichting de Thuiskopie, dort in der Folge auch mit weiterem Verweis auf die Interessen „der Urheber, der ausübenden Künstler, der Hersteller, der Verbraucher von Kultur und Wirtschaft sowie der breiten Öffentlichkeit“ sowie auf Erwägungsgrund 10 der Richtlinie, demzufolge Urheber und ausübende Künstler, wenn sie weiter schöpferisch tätig sein sollen, für die Nutzung ihrer Werke eine angemessene Vergütung erhalten müssten.

ihre Zustimmung angemessen vergütet wird“¹²¹. Dies laufe auf eine *Ergebnispflicht* in dem Sinne hinaus, „dass [... der Mitgliedstaat] im Rahmen seiner Zuständigkeiten eine *wirksame Erhebung des gerechten Ausgleichs* gewährleisten muss, der dazu bestimmt ist, den Urhebern den ihnen entstandenen Schaden insbesondere dann zu ersetzen, wenn er im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats entstanden ist, da diesen Bestimmungen sonst jede Wirksamkeit genommen würde“¹²². Diese *Ergebnispflicht* der Mitgliedstaaten konkretisiere sich dahin, dass „den geschädigten Urhebern die tatsächliche Zahlung eines gerechten Ausgleichs als Ersatz des in ihrem Hoheitsgebiet entstandenen Schadens zu gewährleisten sei“¹²³. Soweit dafür aus praktischen Gründen nicht an die einzelnen Nutzer in dem betreffenden Mitgliedstaat angeknüpft werden könne und deshalb der gerechte Ausgleich indirekt bei Herstellern oder Importeuren von Trägern erhoben werde, könne die konkret gewählte Erhebungsregelung den Mitgliedstaat in grenzüberschreitenden Sachverhalten nicht von seiner Verpflichtung befreien, den Urhebern die tatsächliche Zahlung eines gerechten Ausgleichs für in dem Mitgliedstaat entstandene Schäden zu gewährleisten – vielmehr sei dann gegebenenfalls eine richtlinienkonforme Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechts geboten, die im Einklang mit der *Ergebnispflicht* stehe und gegebenenfalls auch die Erhebung bei gewerblichen Verkäufern im Ausland gebiete¹²⁴.

Als dogmatisches Fundament wird hier demnach der allgemeine Grundsatz praktischer Wirksamkeit des Unionsrechts herangezogen und mit der Zielsetzung eines hohen Schutzniveaus für das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte verknüpft, um auf dieser Basis die Bedingung gerechten Ausgleichs i.S.d. Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie zu einer *Ergebnispflicht* der Mitgliedstaaten zur Gewährleistung einer tatsächlichen *Zahlung* an die geschädigten Urheber zu verdichten, die an den im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats entstandenen Schaden anknüpfen muss. Zu diesem Zweck sind die mitgliedstaatlichen Gerichte im Übrigen nach *Stichting de Thuiskopie* verpflichtet, „sich um eine Auslegung des nationalen Rechts zu bemühen, die im Einklang mit dieser *Ergebnispflicht* steht“¹²⁵. Es besteht also gegebenenfalls eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts, um die tatsächliche Zahlung eines gerechten Ausgleichs für die im Gebiet eines Mitgliedstaats entstehenden

¹²¹ EuGH, Urt. v. 16.06.2011, C-462/09, ABI. EU 2011, Nr. C 232, 7 = GRUR 2011, 909, Rn. 33 – *Stichting de Thuiskopie*.

¹²² EuGH, Urt. v. 16.06.2011, C-462/09, ABI. EU 2011, Nr. C 232, 7 = GRUR 2011, 909, Rn. 34 – *Stichting de Thuiskopie* (Hervorh. d. Verf.).

¹²³ EuGH, Urt. v. 16.06.2011, C-462/09, ABI. EU 2011, Nr. C 232, 7 = GRUR 2011, 909, Rn. 39 – *Stichting de Thuiskopie*.

¹²⁴ EuGH, Urt. v. 16.06.2011, C-462/09, ABI. EU 2011, Nr. C 232, 7 = GRUR 2011, 909, Rn. 39 ff. – *Stichting de Thuiskopie*.

¹²⁵ EuGH, Urt. v. 16.06.2011, C-462/09, ABI. EU 2011, Nr. C 232, 7 = GRUR 2011, 909, Rn. 39 – *Stichting de Thuiskopie*.

Schäden an die Urheber sicherzustellen¹²⁶. Die Einzelheiten der im mitgliedstaatlichen Recht gewählten Erhebungsregelung können den Mitgliedstaat von dieser Ergebnisspflicht nicht befreien.

b) *Reaktionen auf das Stichting de Thuiskopie-Urteil und seine Folgen*

Die Diskussion in der spezifischen Literatur zur Stichting-Entscheidung hat sich naturgemäß schwerpunktmäßig mit den praktischen Auswirkungen der Entscheidung in Situationen grenzüberschreitenden Vertriebs von Anlagen, Geräten oder Leermedien auseinandergesetzt¹²⁷.

Soweit grundsätzliche Aspekte der Entscheidung thematisiert und hervorgehoben werden, beziehen sich die Beiträge wesentlich auf den in dem Urteil formulierten Bezug zum Drei-Stufen-Test nach Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-Richtlinie, die Zielsetzung eines hohen Schutzniveaus und die daraus abgeleitete *Ergebnisspflicht* der nationalen Gesetzgeber, „ein funktionierendes System“ der Erhebung eines gerechten Ausgleichs zu gewährleisten, „das der Effizienzkontrolle des EuGH standhalten“ müsse. Der den Mitgliedstaaten zur Verfügung stehende Ermessensspielraum stoße „an seine Grenzen, wenn die Zielvorgaben der europarechtlichen Regelung nicht erfüllt würden. Dies betreffe auch das wirtschaftliche Ergebnis einer angemessenen Vergütung¹²⁸. Zum Teil ist in der Literatur sogar der Versuch unternommen worden, daraus im Lichte des Gebots der Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus eine regelrechte Handlungspflicht (konkret auch des deutschen Gesetzgebers) im Hinblick auf Schwierigkeiten der praktischen Erhebung und Monetarisierung des gerechten Ausgleichs im Rahmen des anstehenden III. Korbes abzuleiten¹²⁹.

3) VEWA

Die VEWA-Entscheidung von 2011 bezog sich unmittelbar auf die für das öffentliche Verleihen gemäß Art. 6 Abs. 1 Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie vorgeschriebene Vergütung. Sie ist aber für das hier behandelte Thema insofern zumindest am Rande relevant, als sie die Grundlinien der Perspektive des EuGH auf den systematischen Zusammenhang des Anspruchs auf „gerechten Ausgleich“ in der Informationsgesellschafts-Richtlinie mit den Ansprüchen auf „angemessene Vergütung“ bzw. „Vergütung“ nach der Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie weiter verdeutlicht.

¹²⁶ S. auch *Bonadio/Belleza*, EIPR 2011, 33(11), 732, 733.

¹²⁷ Vgl. *Bonadio/Belleza*, EIPR 2011, 33(11), 732 ff.; *Müller*, ZUM 2011, 631 ff.; *van Loon*, JIPLP 2011, 6(12), 852 ff.; *Walter*, MR-Int 2011, 141 ff.;

¹²⁸ *Walter*, MR-Int 2011, 141, 144.

¹²⁹ S. *Müller*, ZUM 2011, 631, 634.

Grundsätzlich geht der EuGH in der Entscheidung für die systematische Auslegung im Gesamtkontext der Urheberrechtsrichtlinien von einem Gebot struktureller Einheit der Unionsrechtsordnung aus¹³⁰, wenn er im Ausgangspunkt auch zur Verleihvergütung nach der Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie betont, dass diese in einer vergleichbaren Situation, wie sie dem „gerechten Ausgleich“ nach der Informationsgesellschafts-Richtlinie zugrunde liege, ebenfalls die Urheber für eingeräumte erlaubnisfreie Nutzungsmöglichkeiten ihrer Werke kompensieren solle und in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Padawan-Entscheidung Bezug nimmt¹³¹. Die unterschiedliche Bezeichnung – „Vergütung“ einerseits gegenüber „Ausgleich“ andererseits – ändere nichts an der strukturellen Vergleichbarkeit der jeweils zugrunde liegenden Situation¹³².

Auf dieser Basis sei dann freilich der jeweilige Konkretisierungsgrad zu unterscheiden, wobei der schlichte Begriff der Vergütung in Art. 6 Abs. 1 Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie für den Verleih (im Vergleich insbesondere zur angemessenen Vergütung in Art. 8 Abs. 2 Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie) einen weiteren Spielraum für die Mitgliedstaaten einräume, da diese bei der Verleihvergütung ausdrücklich auch kulturpolitische Zielsetzungen berücksichtigen dürften¹³³ und da auch der wirtschaftliche Wert der erlaubten Nutzung (Verleih) hier schon deshalb nicht ausschließliche Grundlage der Festsetzung der Vergütung sein könne, weil das öffentliche Verleihen nach der Richtlinie ohnedies keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Charakter haben dürfe. Deshalb seien hier Pauschalierungen in höherem Umfang erlaubt, als im Zusammenhang der „angemessenen Vergütung“¹³⁴.

Selbst für diesen – demnach in der Zusammenschau mit der SENA- und Padawan-Rechtsprechung zur „angemessenen Vergütung“ und zum „gerechten Ausgleich“ mit dem *größten* Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten ausgestatteten – schlichten Begriff der „Vergütung“, hält der EuGH dann aber in der Folge fest, dass sich die festzusetzende Vergütung nicht auf einen symbolischen Betrag beschränken dürfe, sondern den Urhebern ermöglichen müsse, ein angemessenes Einkommen zu erzielen¹³⁵. Auch hier gehe es, trotz des vergleichsweise weiten

¹³⁰ So ausdrücklich EuGH, Urt. v. 30.06.2011, C-271/10, ABl. EU 2011, Nr. C 252, 5 = GRUR 2011, 913, Rn. 27 – VEWA. Vgl. in die gleiche Richtung wie hier auch *Walter*, MR-Int 2011, 104.

¹³¹ EuGH, Urt. v. 30.06.2011, C-271/10, ABl. EU 2011, Nr. C 252, 5 = GRUR 2011, 913, Rn. 27 ff. – VEWA.

¹³² EuGH, Urt. v. 30.06.2011, C-271/10, ABl. EU 2011, Nr. C 252, 5 = GRUR 2011, 913, Rn. 29 – VEWA.

¹³³ EuGH, Urt. v. 30.06.2011, C-271/10, ABl. EU 2011, Nr. C 252, 5 = GRUR 2011, 913, Rn. 37 – VEWA.

¹³⁴ EuGH, Urt. v. 30.06.2011, C-271/10, ABl. EU 2011, Nr. C 252, 5 = GRUR 2011, 913, Rn. 33 – VEWA.

¹³⁵ EuGH, Urt. v. 30.06.2011, C-271/10, ABl. EU 2011, Nr. C 252, 5 = GRUR 2011, 913, Rn. 34 – VEWA.

Beurteilungsspielraums, um eine „Gegenleistung für den den Urhebern durch die ohne ihre Genehmigung erfolgte Nutzung ihrer Werke entstandenen Schaden“, sodass „die Festsetzung des Betrags dieser Vergütung nicht völlig von den Faktoren, aus denen sich ein solcher Schaden zusammensetzt, getrennt werden“ könne. Der Betrag der Vergütung, die sich auf den öffentlichen Verleih, d.h. die Gebrauchsüberlassung geschützter Werke durch der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen, beziehe, müsse daher dem Umfang dieser Gebrauchsüberlassung Rechnung tragen¹³⁶. Dies läuft darauf hinaus, ungeachtet der zuvor betonten Unterschiede zum „gerechten Ausgleich“ und zur „angemessenen Vergütung“, letztlich auch für den demnach mit dem vergleichsweise weitesten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten ausgestalteten Begriff der schlichten Verleih-„Vergütung“ auf die grundsätzlichen Maßstäbe für den „gerechten Ausgleich“ zu rekurrieren und hinsichtlich unionsrechtlich legitimer Anknüpfungsfaktoren auf den hier an der Zahl potentieller Nutzer und dem Umfang betroffener Schutzgegenstände zu orientierenden¹³⁷ Umfang der ermöglichten Nutzung abzustellen¹³⁸.

Auf dieser Basis werden dann die im Einzelnen dieser Anknüpfung an den tatsächlichen Umfang der Gebrauchsüberlassung nicht Rechnung tragenden Regeln der belgischen Verleihvergütung im Ergebnis als unionsrechtswidrig beurteilt¹³⁹.

4) Luksan

a) *Das Urteil des EuGH*

Das Luksan-Urteil betraf Regelungen der Inhaberschaft und Übertragbarkeit des Anspruchs auf gerechten Ausgleich (und des originären Urheberrechts) in einer Situation der Kumulation des Leistungsschutzrechts des Filmherstellers mit dem Urheberrecht des Hauptregisseurs und ist daher als erste sozusagen *gläubigerseitige* Konkretisierung der Rahmenbedingungen eines gerechten Ausgleichs im Verhältnis von Urhebern zu Produzenten für die hier betrachtete Fragestellung von zentraler Bedeutung. Der hinsichtlich der Kopiervergütung für den Urheber zugrunde liegende § 38 Abs. 1 S. 2 Österr. UrhG bestimmt, dass bei gewerbsmäßig hergestellten Filmwerken die gesetzlichen Vergütungsansprüche des Urhebers „dem Filmhersteller und dem Urheber je zur Hälfte zu[stehen], soweit sie nicht unverzichtbar sind und der Filmhersteller mit dem Urheber nichts anderes vereinbart hat“. Im Gesamtzusammenhang des österreichischen Rechts kumuliert sich diese

¹³⁶ EuGH, Urt. v. 30.06.2011, C-271/10, ABl. EU 2011, Nr. C 252, 5 = GRUR 2011, 913, Rn. 37 – VEWA.

¹³⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 30.06.2011, C-271/10, ABl. EU 2011, Nr. C 252, 5 = GRUR 2011, 913, Rn. 38 ff. – VEWA.

¹³⁸ Walter, MR-Int. 2011, 104, 105; Bullinger, GRUR-Prax 2011, 325.

¹³⁹ EuGH, Urt. v. 30.06.2011, C-271/10, ABl. EU 2011, Nr. C 252, 5 = GRUR 2011, 913, Rn. 40 ff. – VEWA.

Zweifelsregel einer hälftigen Beteiligung des Produzenten an der Kopiervergütung auch *des Urhebers* mit dem ihm ggf. zusätzlich zustehenden *eigenen* Anspruch auf Anteile aus der Kopiervergütung aus §§ 73 Abs. 2, 74 Abs. 7 i.V.m. § 42b Österr. UrhG als *Laufbildhersteller* (kinematographischer Erzeugnisse)¹⁴⁰. Damit ging es im Kern um die Inhaberschaft und den Interessenausgleich von Filmurhebern und -produzenten mit Blick auf den gerechten Ausgleich.

Hinsichtlich der Vorlagefrage 2 b) des OGH, die sich explizit nur darauf richtete, ob der oder die *Filmurheber* nach europäischem Recht zwangsläufig auch originärer Inhaber des Anspruchs auf gerechten Ausgleich seien¹⁴¹, hält der EuGH im Ausgangspunkt der Argumentation über die Vorlagefrage hinausgehend fest, dass neben den Urhebern auch den Herstellern der erstmaligen Aufzeichnungen von Filmen in Bezug auf das Original und die Vervielfältigungsstücke ihrer Filme nach Art. 2 lit. d) Informationsgesellschafts-Richtlinie „das gleiche Recht“ wie den Urhebern nach Art. 2 lit. a) Informationsgesellschafts-Richtlinie zustehe (das umfassende ausschließliche Vervielfältigungsrecht)¹⁴². Damit seien sowohl der Urheber des Filmwerks als auch der „Produzent als derjenige, der für die zur Herstellung dieses Werks nötigen Investitionen verantwortlich ist, kraft Gesetzes als Inhaber des Vervielfältigungsrechts anzusehen“¹⁴³. Für Inhaber des ausschließlichen Vervielfältigungsrechts könnten die Mitgliedstaaten nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie eine Privatkopieausnahme nur vorsehen, wenn „im Gegenzug für die betroffenen Rechtsinhaber die Zahlung eines gerechten Ausgleichs sichergestellt ist“¹⁴⁴. Auf dieser Basis beantwortet der EuGH die Vorlagefrage des OGH, die sich ausschließlich auf den Hauptregisseur des Filmwerks als Filmurheber bezog¹⁴⁵, dahingehend, dass dieser „unmittelbar und originär Anspruchsberechtigter des im Rahmen der Privatkopieausnahme geschuldeten gerechten Ausgleichs“ sei, „da er *einer dieser Rechtsinhaber*“ sei¹⁴⁶. Der EuGH geht also davon aus, dass sowohl dem Filmurheber als auch dem Filmhersteller als Ausgleich für die Ausnahme von ihrem jeweiligen nach Art. 2 Informationsgesellschafts-Richtlinie gewährten Vervielfältigungsrecht ein

¹⁴⁰ S. allgemein *Walter*, *Medien und Recht* 2012, 29, 32.; *Walter*, *Österreichisches UrhR*, Hdb., 1. Teil, 2008, Rn. 406.

¹⁴¹ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABl. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 36 – Luksan.

¹⁴² EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABl. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 90 f. – Luksan

¹⁴³ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABl. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 92 – Luksan.

¹⁴⁴ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABl. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 93 – Luksan (Hervorh. d. Verf.).

¹⁴⁵ S. zur originären Inhaberschaft des Filmurheberrechts und den damit verbundenen Fragestellungen der erste Teil des Urteils EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABl. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 37 ff. – Luksan.

¹⁴⁶ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABl. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 94 – Luksan (Hervorh. d. Verf.).

originärer Anspruch auf „Zahlung eines gerechten Ausgleichs“ zusteht, ohne dabei insoweit prinzipiell zwischen der geistigen Leistung des Urhebers und der investorischen Leistung des Produzenten zu unterscheiden. Dass dieses Ergebnis bezüglich des Produzenten nicht mehr ausdrücklich formuliert wird, ist lediglich darauf zurückzuführen, dass sich die abschließende Formulierung des Ergebnisses der zugrunde liegenden Überlegungen an der entsprechend begrenzten Vorlagefrage 2 b) des OGH orientiert.

In den weiteren Vorlagefragen 3 und 4 ging es dem OGH dann im Wesentlichen darum, ob das Unionsrecht bezüglich des gerechten Ausgleichs eine (widerlegliche oder unwiderlegliche Vermutung) der Abtretung der dem Hauptregisseur des Filmwerks als Urheber zustehenden Vergütungsansprüche an den Produzenten zulässt. Der EuGH leitet aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie¹⁴⁷, dem Grundsatz enger Schrankenauslegung¹⁴⁸, dem systematischen Zusammenhang zum Anspruch auf „angemessene Vergütung“ im Rahmen der Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie (der für den Urheber unverzichtbar ausgestaltet ist)¹⁴⁹ sowie der in Stichting de ThuisKopie formulierten Ergebnisspflicht¹⁵⁰ im Ergebnis ab, dass der Anspruch auf gerechten Ausgleich grundsätzlich unverzichtbar ist, sodass das Unionsrecht jeglichen innerstaatlichen Rechtsvorschriften entgegensteht, nach denen der Urheber auf seinen Anspruch auf einen gerechten Ausgleich verzichten kann¹⁵¹. Daraus ergebe sich nicht nur (erst recht) die Unzulässigkeit unwiderlegbarer Vermutungen der Abtretung des Anspruchs auf gerechten Ausgleich¹⁵², sondern auch die Unzulässigkeit widerlegbarer oder abbedingbarer Vermutungen einer Abtretung des Anspruchs auf gerechten Ausgleich, da der Hauptregisseur „als *Inhaber des Vervielfältigungsrechts* unbedingt die Zahlung dieses Ausgleichs erhalten“ müsse¹⁵³.

Für die hier betrachtete Fragestellung ist im Einzelnen zunächst der Verweis auf den (nicht unumstrittenen, in der ständigen Rechtsprechung des EuGH aber mittlerweile

¹⁴⁷ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABI. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 100 – Luksan.

¹⁴⁸ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABI. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 101 – Luksan.

¹⁴⁹ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABI. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 102 ff. – Luksan.

¹⁵⁰ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABI. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 106 ff. – Luksan.

¹⁵¹ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABI. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 107 – Luksan.

¹⁵² EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABI. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 108 – Luksan.

¹⁵³ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABI. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 108 f. – Luksan (Hervorh. d. Verf.).

mit zutreffenden Differenzierungen etablierten¹⁵⁴) Grundsatz enger Schrankenauslegung von Interesse, demzufolge Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie eine Ausnahme nur vom Vervielfältigungsrecht gestattet und nicht auf Vergütungsansprüche erstreckt werden kann¹⁵⁵. Nach dem verfügbaren Teil der Richtlinie besteht der Anspruch auf gerechten Ausgleich demzufolge in dieser Lesart des EuGH ausnahmslos. Weiter wird wiederum der systematische Zusammenhang zu den Begriffen der „Vergütung“ und „angemessenen Vergütung“ in der Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie und damit die diesbezügliche VEWA-Rechtsprechung bestätigt¹⁵⁶. Konzepte der früheren Richtlinien zum Schutz des geistigen Eigentums seien im Rahmen der Informationsgesellschafts-Richtlinie beibehalten worden, sofern der Unionsgesetzgeber nicht ausdrücklich andere Regelungen getroffen habe¹⁵⁷.

Insgesamt hat die Luksan-Entscheidung das Konzept des gerechten Ausgleichs nach den bisherigen mehr schulden- und erhebungsbezogenen Konkretisierungen nunmehr auch gläubigerseitig erheblich konkretisiert und dabei zugleich stringent weiter ausgestaltet. Unmittelbar und originär Berechtigte des Anspruchs auf gerechten Ausgleich sind die Inhaber des in Art. 2 Informationsgesellschafts-Richtlinie geregelten ausschließlichen Vervielfältigungsrechts, wobei insoweit sowohl die Inhaber des Urheberrechts als auch von investitionsschutzbezogenen Leistungsschutzrechten (hier des Filmproduzenten) erfasst sind. Diesen steht bei Einführung oder Beibehaltung einer Privatkopierausnahme im nationalen Recht der Anspruch auf gerechten Ausgleich nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie zu, ohne dass diesbezüglich Ausnahmen zulässig wären. Jedenfalls für Urheber als Inhaber des Anspruchs auf gerechten Ausgleich ist dieser Anspruch im Übrigen unverzichtbar¹⁵⁸.

¹⁵⁴ S. zuerst mit der Einführung des Grundsatzes enger Schrankenauslegung in strikter, undifferenzierter Form EuGH, Urt. v. 16. 7. 2009, C-5/08, Slg. 2009, I-6569 = GRUR 2009, 1041, Rn. 56 f. – Infopaq; ebenso EuGH, Urt. v. 01.12.2011, C-145/10, ABI. EU 2012, Nr. C 32, 7 = GRUR 2012, 166, Rn. 109 – Painer/Standard; dann in der Folge für die Anwendung der Schrankenbestimmungen im Hinblick auf neue technologische Entwicklungen angemessen differenziert in EuGH, Urt. v. 04.10.2011, C-403/08 = GRUR 2012, 156, Rn. 163 f. – Football Association Premier League. Vgl. zum Ganzen *Leistner*, JZ 2011, 1140, 1145; *Stieper*, ZGE 2012, 443, 444 f. mwN.

¹⁵⁵ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABI. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 101 – Luksan.

¹⁵⁶ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABI. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 102 ff. – Luksan.

¹⁵⁷ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABI. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 104 – Luksan.

¹⁵⁸ S. noch sogleich unten S. 43 ff. zu der derzeit wohl noch offenen Frage, ob diese kategorische Unverzichtbarkeit auch für die Inhaber investitionsschutzbezogener Leistungsschutzrechte gilt.

b) *Das Urteil vor dem Hintergrund der Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak: Gebot konzeptioneller Konsistenz der gewählten Vergütungslösung*

Die entscheidende Bedeutung dieser gläubigerseitigen Konkretisierung des Anspruchs auf gerechten Ausgleich verdeutlicht sich insbesondere vor dem Hintergrund der konkret im österreichischen Recht bestehenden gesetzlichen Vermutung der hälftigen Abtretung der Kopiervergütung der Urheber von Filmwerken an die Produzenten und den diesbezüglichen Ausführungen der Generalanwältin *Trstenjak*¹⁵⁹. Die österreichische Regierung hatte vorgetragen, nach ihrer Auffassung stünden „Einführung und Ausgestaltung von Vergütungsregeln im Ermessen der Mitgliedstaaten. Diese dürften daher auch entscheiden, wem sie diese Ansprüche zuwiesen“. Auch eine unionsrechtliche Vorgabe hinsichtlich der Übertragung der Ansprüche existiere nicht, hier seien die Mitgliedstaaten demzufolge völlig frei; so könne durch eine vermutete Übertragung des hälftigen Vergütungsanteils eine sachgerechte Verteilung der Ansprüche zwischen Filmhersteller und Filmurheber im nationalen Recht erreicht werden¹⁶⁰.

Demgegenüber hielt Generalanwältin *Trstenjak* fest, dass Rechtsinhaber, die einen gerechten Ausgleich erhalten müssten, „all die Personen [seien], deren ausschließliches Vervielfältigungsrecht nach Art. 2 der [Informationsgesellschafts]-Richtlinie durch die zustimmungsfreie Erlaubnis der Privatkopie betroffen“ seien¹⁶¹; auf dieser allgemeinen Basis löst sie dann („insbesondere“) die Frage hinsichtlich der konkreten Berechtigung der Filmurheber und Filmhersteller¹⁶². Dabei binde die Richtlinie die Mitgliedstaaten im Ausgangspunkt nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels, der Sicherstellung (des „Ob“) eines gerechten Ausgleichs, während Einzelheiten des „Wie“ dieser Ausgestaltung (etwa durch einen direkten Anspruch gegen die Nutzer, eine Abgabenlösung etc.) grundsätzlich in ihrem Ermessen stünden¹⁶³.

Dieses Ermessen findet aber dann seine Grenzen in einer Art konzeptionellem *Konsistenzgebot*, wenn ein Mitgliedstaat sich zur Einführung einer bestimmten Form der Gewährung gerechten Ausgleichs – etwa durch eine Privatkopiervergütung (im

¹⁵⁹ S. Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* v. 06.09.2011, C-277/10, Rn. 169 ff. – Luksan.

¹⁶⁰ Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* v. 06.09.2011, C-277/10, Rn. 154 und Rn. 175 – Luksan.

¹⁶¹ Hervorh. d. Verf. Die entgegenstehende Auffassung der österreichischen Regierung, die Mitgliedstaaten hätten bei der Zuweisung des Anspruchs auf einen gerechten Ausgleich Ermessen, wem dieser Anspruch zugewiesen werden müsse (vgl. nochmals Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* v. 06.09.2011, C-277/10, Rn. 175 – Luksan), weist Generalanwältin *Trstenjak* als rundweg „unzutreffend“ zurück (aaO., Rn. 176).

¹⁶² Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* v. 06.09.2011, C-277/10, Rn. 161 f. – Luksan.

¹⁶³ Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* v. 06.09.2011, C-277/10, Rn. 164 f. – Luksan.

österreichischen Recht spezifisch durch die Leerkassettenabgabe) – entscheidet¹⁶⁴. In diesem Falle ist es nach Auffassung der Generalanwältin *Trstenjak* mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn der Mitgliedstaat in der konkreten Situation sich *kumulierender Schutzrechte* für sämtliche betroffenen Rechtsinhaber einen je eigenen Anspruch auf gerechten Ausgleich vorsieht (in diesem Falle sowohl für den Filmhersteller¹⁶⁵ als auch für den Filmurheber); denn Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie „sieht... in Verbindung mit Art. 2 Buchst. a) und d) der [Informationsgesellschafts]-Richtlinie nämlich ein Recht auf gerechten Ausgleich sowohl für den Filmurheber als auch für den Filmhersteller vor. Der Filmurheber soll für die Einschränkung seines Urheberrechts am Filmwerk entschädigt werden und der Filmhersteller für die Vervielfältigung des Originals bzw. der Vervielfältigungsstücke seines Films“¹⁶⁶. Nicht in Betracht kommen demgegenüber Verrechnungslösungen, bei denen der Anspruch auf gerechten Ausgleich *eines* der Rechtsinhaber – im konkreten Zusammenhang der österreichischen Regelung der Urheber – teilweise einem *anderen* Rechtsinhaber zugewiesen werde¹⁶⁷. Denn selbst wenn hinsichtlich der nominalen Höhe der Vergütung in der Tat keine abschließende Vorgabe des Unionsrechts existiere, sei eine solche Lösung „bereits konzeptuell nicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar“, weil sie den nach dem Vergütungssystem des betreffenden Mitgliedstaats selbst als angemessen beurteilten gerechten Ausgleich für das Vervielfältigungsrecht eines der Rechtsinhaber in der Folge unzulässig schmälere¹⁶⁸.

c) Reaktionen auf das *Luksan-Urteil* und seine Folgen

Spezifisch zum *Luksan-Urteil* liegen vergleichsweise wenige substantielle Beiträge vor, die sich zudem zum Teil mehr auf die Ausführungen des Urteils bezüglich der originären Inhaberschaft des Urheberrechts am Filmwerk beziehen¹⁶⁹. Grundsätzliche Einordnungen des Urteils, die auch die hier interessierenden verallgemeinerungsfähigen Aspekte der Entscheidung zum gerechten Ausgleich und die verbleibenden offenen Fragen ansprechen, finden sich insbesondere bei *Walter* und bei *Flechsigg*¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Vgl. insgesamt Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* v. 06.09.2011, C-277/10, Rn. 168 ff. – *Luksan* zur Beurteilung der konkreten Regelung im österreichischen Recht.

¹⁶⁵ Dem ein solcher eigener Anspruch ja auch aufgrund von §§ 73 Abs. 2, 74 Abs. 7 i.V.m. § 42b Österr. UrhG als Laufbildhersteller (kinematographische Erzeugnisse) in der Regel zusteht, vgl. *Walter*, *Medien und Recht* 2012, 29, 32; *Walter*, *Österreichisches UrhR*, Hdb., 1. Teil, 2008, Rn. 406.

¹⁶⁶ Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* v. 06.09.2011, C-277/10, Rn. 172 – *Luksan*.

¹⁶⁷ Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* v. 06.09.2011, C-277/10, Rn. 170 ff. – *Luksan*.

¹⁶⁸ Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* v. 06.09.2011, C-277/10, Rn. 170 f. – *Luksan*.

¹⁶⁹ So etwa *Obergfell*, *GRUR* 2012, 494 ff., die das Urteil im Wesentlichen zustimmend paraphrasiert, dabei aber gerade die Aussage zur Abtretbarkeit des Anspruchs auf gerechten Ausgleich lediglich am Ende verkürzt und dadurch nicht ganz zutreffend wiedergibt.

¹⁷⁰ *Walter*, *Medien und Recht* 2012, 29, 32 f.; *Flechsigg*, *ZUM* 2012, 855, 864 f.

Walter betont den Ausschluss mitgliedstaatlicher Vermutungsregelungen und die Aussage, „dass dem Urheber der gerechte Ausgleich ebenso tatsächlich zukommen muss, wie der entsprechende Ausgleich für die (zulässige) Inanspruchnahme der Privatkopie dem Filmhersteller als Inhaber des entsprechenden Leistungsschutzrechts zuzukommen hat“¹⁷¹. Hinsichtlich des „kategorischen“ Ausschlusses einer Verzichtbarkeit des Anspruchs auf gerechten Ausgleich hebt auch er im Ergebnis den Zusammenhang mit dem Gebot konzeptioneller Konsistenz insofern hervor, als „der ‚gerechte Ausgleich‘ auch demjenigen Rechtsinhaber zugute kommen muss, für welchen er bestimmt ist“ und weist besonders auf den vom EuGH hergestellten Zusammenhang mit der diesbezüglichen Ergebnispflicht aus dem *Stichting de Thuis*-Urteil hin. Zudem neigt *Walter* dazu, aus der im *Luksan*-Urteil statuierten Unverzichtbarkeit des Anspruchs auf seine Unabtretbarkeit zu schließen¹⁷². Er betont auf dieser Basis an dieser – und anderer¹⁷³ – Stelle die potentielle Reformbedürftigkeit des österreichischen Filmurheberrechts sowie insbesondere der gesetzlichen Vergütungsansprüche und weist ausdrücklich auf die gegebenenfalls notwendige richtlinienkonforme (ggf. auch korrigierende) Auslegung des österreichischen Rechts und die sich andernfalls seines Erachtens stellende Frage der Staatshaftung der Republik Österreich hin¹⁷⁴. Tatsächlich wird in Österreich (auch) aufgrund der EuGH-Rechtsprechung derzeit eine Novelle zum Urheberrechtsgesetz vorbereitet, die in unmittelbarer Reaktion auf das *Luksan*-Urteil nunmehr unter anderem auch eine (in den Details noch offene) Änderung des § 38 Österr. Urheberrechtsgesetz über die Zuweisung der Inhaberschaft des Urheberrechts und der gesetzlichen Vergütungsansprüche an Filmwerken beinhalten soll¹⁷⁵.

Im spezifischen Zusammenhang der Frage nach der *Verkehrsfähigkeit* gesetzlicher Vergütungsansprüche der Filmhersteller befasst sich *Flechsig* mit den Auswirkungen des *Luksan*-Urteils auf gesetzliche Vergütungsansprüche bezüglich investitionsschützender Leistungsschutzrechte¹⁷⁶. Die umstrittene Frage, ob das Unverzichtbarkeitspostulat (und ein nach umstrittener Auffassung gegebenenfalls abzuleitendes Abtretungsverbot) aus dem *Luksan*-Urteil bezüglich der

¹⁷¹ *Walter*, *medien und recht* 2012, 29, 32.

¹⁷² *Walter*, *medien und recht* 2012, 29, 32. Insoweit aber nunmehr tendenziell anderer Auffassung Generalanwältin *Sharpston*, Schlussanträge v. 24.01.2013, C-457/11, Rn. 120 – VG Wort ./ Kyocera.

¹⁷³ S. auch *Walter*, in: Schenk et al. (Hrsg.), *Festschrift für Irmgard Griss*, 2011, S. 693 ff. (dort bezogen auf das *Padawan*-Urteil). Vgl. im Übrigen die weiteren Nachweise bei *Walter*, *medien und recht* 2012, 29, 33.

¹⁷⁴ *Walter*, *medien und recht*, 2012, 29, 33.

¹⁷⁵ S. den Entwurf (Arbeitspapier) des österreichischen BMJ für ein Bundesgesetz, mit dem das Urheberrechtsgesetz und das Verwertungsgesellschaftengesetz 2006 geändert werden (*Urheberrechts-Novelle 2013*, *Urh-Nov 2013*, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/wp-upload/UrhNov-Arbeitspapier.pdf>) sowie die diesbezüglichen Erläuterungen (abrufbar unter <https://netzpolitik.org/wp-upload/UrhNov-Erlaeterungen.pdf>, jeweils zuletzt abgerufen am 11.04.2013).

¹⁷⁶ *Flechsig*, *ZUM* 2012, 855, 864 f.

Vergütungsansprüche der Urheber auch auf gesetzliche Vergütungsansprüche auf Grundlage investitionsschützender Leistungsschutzrechte übertragen werden muss, wird von ihm bezüglich investitionsschützender Leistungsschutzrechte im Ergebnis (auch zu § 63a UrhG) verneint¹⁷⁷. Für das hier gegenständliche Problem kann sie offen bleiben. Relevant sind aber *Flechsigs* allgemeine Feststellungen zur Bedeutung des Luksan-Urteils für die Vergütungsansprüche der Inhaber investitionsschützender Leistungsschutzrechte: im Anschluss an das Luksan-Urteil ist er der Auffassung, dass auch unternehmerischen Leistungsschutzrechtsinhabern auf Grundlage von Art. 2 lit. c) bis e) i.V.m. Art. 5 Abs. 2 lit. b) und e) Informationsgesellschafts-Richtlinie gesetzliche Vergütungsansprüche originär zugewiesen sind, wobei er Sendeunternehmen an dieser Stelle für das europäische Recht ausdrücklich einbezieht¹⁷⁸.

5) VG Wort ./. *Kyocera*

Das Urteil des EuGH zu den europarechtlichen Rahmenbedingungen des gerechten Ausgleichs in der vom BGH vorgelegten Rechtssache *Drucker & Plotter (VG Wort ./.* *Kyocera* u.a.) ist am 27. Juni 2013 ergangen¹⁷⁹.

Für die hier betrachtete Fragestellung ist das Urteil (neben der Bestätigung der Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung) in doppelter Hinsicht relevant: Zum einen wird die in der VEWA-Entscheidung im systematischen Zusammenhang angedeutete Orientierung des Schadensbegriffs an der Vergütung der durch die Ausnahme ermöglichten genehmigungsfreien Nutzung eindeutig bestätigt¹⁸⁰. Zum anderen stellt der EuGH klar, dass – wenn eine Ausnahme im nationalen Recht vorgesehen ist – weder die ausdrückliche oder konkludente Zustimmung des Rechtsinhabers zu Vervielfältigungshandlungen noch das Unterlassen des Einsatzes technischer Schutzmaßnahmen den Anspruch auf gerechten Ausgleich entfallen lassen¹⁸¹.

¹⁷⁷ *Flechsig*, aaO., 859 und 864 f. mwN. Vgl. in diese Richtung im Übrigen auch die entsprechende aktuelle Regelung in Spanien in Art. 2 Abs. 2 des Königlichen Dekrets 1657/2012 v. 07.12.2012, BOE Núm. 295, Sec. I, 84141: Unverzichtbarkeit nur für Urheber und ausübende Künstler.

¹⁷⁸ *Flechsig*, ZUM 2012, 855, 858 (s. im Übrigen anders für die abgestufte Ausgestaltung des Leistungsschutzrechtes der Sendeunternehmen im deutschen Recht auf S. 857, womit nach *Flechsig* die derzeitige diesbezügliche Ausgestaltung im deutschen Recht mit Art. 2 lit. b)-e) i.V.m. Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie, die eine entsprechende Abstufung des Rechts der Sendeunternehmen nicht vorsieht, wohl unvereinbar ist); vgl. zu den Auswirkungen des Luksan-Urteils insbesondere auf die Stellung der Urheber im Übrigen *Flechsig*, MMR 2012, 293 ff.

¹⁷⁹ EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11 – VG Wort ./.

¹⁸⁰ S. EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 49 – VG Wort ./.

¹⁸¹ S. EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 30 ff. und 57 f. – VG Wort ./.

Einzelne wesentliche Aspekte finden sich im Übrigen auch in den Schlussanträgen der Generalanwältin, die dabei aber insgesamt eine sogar tendenziell zurückhaltendere, den Mitgliedstaaten mehr Flexibilität einräumende Grundhaltung verfolgt hatte als der EuGH in seinem schlussendlichen Urteil¹⁸². Dennoch geht auch die Generalanwältin hinsichtlich der grundsätzlichen Rolle der bei der Informationsgesellschafts-Richtlinie besonders umfänglichen Erwägungsgründe davon aus, dass sich aufgrund der allgemeinen Zielsetzungen der Richtlinie ein „progressiver, anpassungsorientierter und harmonisierender Auslegungsansatz rechtfertigen“ lasse¹⁸³. Dies bestätigt die vorstehend schon im Zusammenhang der Padawan-Entscheidung angedeutete allgemeine Feststellung, dass der EuGH bezüglich der Informationsgesellschafts-Richtlinie grundsätzlich einen hohen Grad an Konkretisierung der zahlreich enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe – so auch des Begriffs des gerechten Ausgleichs – auf Unionsebene anstrebt; das letztliche Urteil in Sachen VG Wort ./ Kyocera belegt dies erneut eindrucksvoll. Es sind gerade die allgemeine Zielsetzung der Richtlinie und im Übrigen die umfänglichen Erwägungsgründe, die den harmonisierungsorientierten Ansatz gebieten und zugleich ermöglichen, weil sie entsprechende Anhaltspunkte für eine weitergehende Konkretisierung geben¹⁸⁴. Zugleich betonte Generalanwältin *Sharpston*, dass dennoch im Bereich des gerechten Ausgleichs ein großer Ermessensspielraum für die Mitgliedstaaten verbleibe, weil viele Aspekte nicht harmonisiert worden seien – dies betreffe etwa die konkrete Höhe des Ausgleichs¹⁸⁵ und die Frage wie er zu gewähren ist¹⁸⁶. In diesem Zusammenhang sei die Rolle der Erwägungsgründe auch nicht überzubewerten; diese dürften nach der Interinstitutionellen Vereinbarung – Gemeinsame Leitlinien für die redaktionelle Qualität der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften¹⁸⁷ über die Begründung der Bestimmungen des verfügenden Teils hinaus „keine Bestimmungen mit normativem Charakter und auch keine politischen Willensbekundungen enthalten“ und es könne angenommen werden, dass sich Parlament, Rat und Kommission, die diese Leitlinien gemeinschaftlich erarbeitet hätten, bei der Abfassung von Rechtsakten daran auch hielten¹⁸⁸.

¹⁸² Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* v. 24.01.2013, C-457/11, Rn. 29 – VG Wort ./ Kyocera.

¹⁸³ Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* v. 24.01.2013, C-457/11, Rn. 29 – VG Wort ./ Kyocera.

¹⁸⁴ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 90.

¹⁸⁵ Vgl. nun auch EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 57 f. – VG Wort ./ Kyocera bezüglich der konkreten Höhe des gerechten Ausgleichs.

¹⁸⁶ Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* v. 24.01.2013, C-457/11, Rn. 30 – VG Wort ./ Kyocera.

¹⁸⁷ Interinstitutionelle Vereinbarung – Gemeinsame Leitlinien für die redaktionelle Qualität der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften v. 22.12.1998, ABl. EG 1999, Nr. C 73, S.1.

¹⁸⁸ Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* v. 24.01.2013, C-457/11, Rn. 32 – VG Wort ./ Kyocera.

In der Zusammenschau mit dem Urteil sind darüber hinaus insbesondere die Überlegungen zu den Auswirkungen einer Einwilligung oder Zustimmung auf den „gerechten Ausgleich“ (fünfte Vorlagefrage des BGH) auch für die hier betrachtete Fragestellung relevant, da sie die Grenzen des – von der Generalanwältin grundsätzlich (auch in sozusagen nuancierender Abgrenzung von Padawan) eher *weit* gezeichneten – mitgliedstaatlichen Ermessens¹⁸⁹ ausloten. In diesem Zusammenhang stellte Generalanwältin *Sharpston* u.a. auf Erwägungsgrund 35 Satz 4 ab, demzufolge in Fällen, in denen Rechtsinhaber bereits Zahlungen in anderer Form erhalten haben, z.B. als Teil einer Lizenzgebühr, gegebenenfalls keine spezifische oder getrennte Zahlung fällig sein könne¹⁹⁰. Auf dieser Basis und unter Heranziehung weiterer Erwägungsgründe sah die Generalanwältin den Mitgliedstaaten ein Ermessen eingeräumt, ein Nebeneinander von vertraglichen Beziehungen und Ausnahmen oder Beschränkungen mit gerechtem Ausgleich in gewissem Umfang zuzulassen¹⁹¹. Dieses Ermessen müsse aber begrenzt sein. Wenn im Rahmen einer Ausnahme oder Beschränkung auf Grundlage der Richtlinie zwingend ein gerechter Ausgleich vorgesehen sei, dann stehe es den Mitgliedstaaten nur frei, den Rechtsinhabern eine Möglichkeit zum *freiwilligen Verzicht* auf diesen Ausgleich einzuräumen¹⁹² oder aber die Möglichkeit, ihre Werke im Rahmen von *vertraglichen Absprachen* zur Vervielfältigung zur Verfügung zu stellen, wobei sie dann individuelle Regelungen zur Sicherung des gerechten Ausgleichs für zukünftige (dann autorisierte) Vervielfältigungen treffen könnten, indem sie etwa einen entsprechend erhöhten Grundpreis verlangten¹⁹³. Anders ausgedrückt verstand die Generalanwältin Erwägungsgrund 35 Satz 4 in erster Linie als eine *Option* für die Rechtsinhaber, im Rahmen vertraglicher Vereinbarungen eigenständig für die Sicherstellung ihrer angemessenen Vergütung zu sorgen, wobei solche vertraglichen Vereinbarungen dann gegebenenfalls die Privatkopierschranke mit dem in diesem Rahmen in jedem Falle weiter zu garantierenden gerechten

¹⁸⁹ Vgl. im anderen Zusammenhang der Bestimmung der Schuldner des gerechten Ausgleichs bei der Erhebung einer allgemeinen Kopiervergütung in Geräteketten Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* v. 24.01.2013, C-457/11, Rn. 88 ff., insbesondere 91 – VG Wort ./ Kyocera.

¹⁹⁰ Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* v. 24.01.2013, C-457/11, Rn. 117 – VG Wort ./ Kyocera.

¹⁹¹ Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* v. 24.01.2013, C-457/11, Rn. 119 – VG Wort ./ Kyocera.

¹⁹² Insoweit allerdings im bemerkenswerten Gegensatz zu dem im *Luksan*-Urteil festgehaltenen Grundsatz der Unverzichtbarkeit des gerechten Ausgleichs jedenfalls für den Urheber, vgl. oben D I 4.

¹⁹³ Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* v. 24.01.2013, C-457/11, Rn. 120 – VG Wort ./

Kyocera. Mit der Überlegung zu einer Erhöhung des Grundpreises schließt die Generalanwältin anscheinend an die entsprechende Konzeption bei *Kretschmer*, *Private Copying and Fair Compensation: An empirical study of copyright levies in Europe*, S. 68 f., abrufbar unter <http://www.ipo.gov.uk/ipresearch-faircomp-full-201110.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.4.2013), an (deren praktische Durchführbarkeit und Kontrollierbarkeit freilich eher in Zweifel steht, s. zutreffend *Koch/Krauspenhaar*, GRUR Int. 2012, 881, 885 f.). S. strikter auch das schlussendliche Urteil des EuGH, s. bei u. Fn. 194.

Ausgleich verdrängen könnten, indem sie diesem sozusagen vorgehen¹⁹⁴. Der EuGH hat dies nun vergleichsweise sogar ein wenig kategorischer entschieden: Wo eine Privatkopierausnahme vorgesehen und damit das Vervielfältigungsrecht nicht beibehalten wird, besteht zwingender Anspruch auf gerechten Ausgleich – eine Zustimmung des Rechtsinhabers wirkt sich dann nämlich nicht auf den Schaden aus, der den Rechtsinhabern entsteht und kann somit keinen Einfluss auf den gerechten Ausgleich haben¹⁹⁵.

6) Amazon.com ./ Austro-Mechana

Das aktuellste Urteil zu den europarechtlichen Rahmenbedingungen gerechten Ausgleichs im Recht der Mitgliedstaaten ist am 11. Juli 2013 in der Rechtssache Amazon.com u.a. ./ Austro-Mechana ergangen¹⁹⁶.

Für das hier interessierende Problem indirekt relevant sind insbesondere die (im Zusammenhang der Regulierung der spezifischen Konstellation etablierter Sozial- und Kultureinrichtungen vieler kontinentaleuropäischer Verwertungsgesellschaften erfolgten) Aussagen des EuGH zu den Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, im Rahmen der bestehenden Ermessensspielräume auch eine Auszahlung des Erlöses aus Privatkopierabgaben über soziale und kulturelle Einrichtungen zugunsten der Bezugsberechtigten des gerechten Ausgleichs vorzusehen. Im Anschluss an die Ausführungen des Generalanwalts *Mengozzi* in seinen Schlussanträgen¹⁹⁷ hält der EuGH fest, dass für einen Teil des Anspruchs auf gerechten Ausgleich eine mittelbare Auszahlung – hier insbesondere über die von Verwertungsgesellschaften eingerichteten sozialen und kulturellen Einrichtungen – jedenfalls nur unter der Bedingung in Betracht komme, dass auch derlei mittelbare Zahlungsformen wiederum tatsächlich den Berechtigten zugutekämen¹⁹⁸. Damit geht der EuGH im

¹⁹⁴ S. in genau dieselbe Richtung im Übrigen auch schon das Background Document 'Fair Compensation for Acts of Private Copying' der Kommission v. 14.02.2008, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/background_en.pdf (zuletzt abgerufen am 11.04.2013), S. 14 f., wo Erwägungsgrund 35 Satz 4 in genau diesen Kontext der Vermeidung von Doppelzahlungen bei Nutzungen im Rahmen digitaler Download-Verträge gestellt wird. Vgl. übrigens auch im anderen Zusammenhang der Berücksichtigung technischer Maßnahmen, die Unterscheidung, die Generalanwältin *Sharpston*, Schlussanträge v. 24.01.2013, C-457/11, Rn. 104 – VG Wort ./ Kyocera, zwischen Erwägungsgrund 39 (der nach seiner typischen Formulierung den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum einräumt) und Erwägungsgrund 35, der allgemeine Erklärungen zum Inhalt der Richtlinie enthalte, trifft.

¹⁹⁵ S. EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 37 ff.

¹⁹⁶ S. EuGH, Urt. v. 11.07.2013, C-521/11 – Amazon.com ./ Austro-Mechana

¹⁹⁷ Schlussanträge des Generalanwalts *Mengozzi* v. 07.03.2013, C-521/11, Rn. 76 f. – Amazon.com ./ Austro-Mechana.

¹⁹⁸ S. zuletzt EuGH, Urt. v. 11.07.2013, C-521/11, Rn. 49 – Amazon.com ./ Austro-Mechana: Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, „den Bezugsberechtigten des gerechten Ausgleichs die Barauszahlung des *gesamten* Ausgleichs zu garantieren“ (Hervorh. d. Verf.). Vgl. auch die zugrundeliegenden Schlussanträge des Generalanwalts *Mengozzi* v. 07.03.2013, C-521/11, Rn. 76 f., denzufolge wegen des Effektivitätsgrundsatzes eine derartige mittelbare Ausgestaltung

Einklang mit den zugrundeliegenden Schlussanträgen des Generalanwalts *Mengozzi* anscheinend indirekt davon aus, dass der Anspruch auf gerechten Ausgleich grundsätzlich als Barauszahlungsanspruch der Bezugsberechtigten besteht; nur unter der genannten und weiteren Bedingungen kann ein *Teil* des Anspruchs im mitgliedstaatlichen Recht auch als mittelbarer Zahlungsanspruch ausgestaltet werden, der dann aber weiterhin gerade den Bezugsberechtigten zugutekommen muss.

II. Anhängige Verfahren

Nachdem das deutsche Drucker & Plotter sowie das österreichische Amazon.com ./ Austro-Mechana Verfahren aktuell entschieden wurden sind derzeit im Zusammenhang des „gerechten Ausgleichs“ im Wesentlichen noch zwei weitere Verfahren vor dem EuGH anhängig¹⁹⁹.

Hinsichtlich dieser weiteren anhängigen Verfahren liegen Schlussanträge derzeit noch nicht vor. Immerhin ist absehbar, dass insbesondere das Verfahren in Sachen Copydan Bandkopi ./ Nokia Denmark gewisse weitere allgemeine Klärung bezüglich der in Erwägungsgrund 35 Satz 6 enthaltenen de minimis-Klausel bringen könnte, da hier im Rahmen der 3. Vorlagefrage abstrakt danach gefragt wird, was unter „Situationen, in denen dem Rechtsinhaber nur ein geringfügiger Nachteil entstände“, zu verstehen sei²⁰⁰. Zur konkreten Klärung der hier gegenständlichen Problematik wird aber auch diese Vorlage voraussichtlich wenig beitragen. Denn hinsichtlich des zugrunde liegenden Sachverhalts bezieht sie sich ausschließlich auf die Behandlung unterschiedlicher Datenträger und Dateien mit audiovisuellen Inhalten in unterschiedlichen Vertriebsformen insbesondere über das Internet zur Verwendung auf Mobiltelefonen (und insoweit spezifisch auf die Vergütungspflicht für deren Speicherkarten) bei der Erhebung des gerechten Ausgleichs – nicht aber auf Sendungen und das Leistungsschutzrecht der Sendeunternehmen.

Die Gesamtheit und Zahl der derzeit zum „gerechten Ausgleich“ entschiedenen oder anhängigen Vorlageverfahren verdeutlicht somit zwar einerseits den erheblichen Konkretisierungsgrad, der hier entgegen der im grundsätzlichen Ausgangspunkt stets weiterhin erfolgenden Betonung verbleibender Ermessensspielräume in concreto bereits erreicht wurde und der seinerseits weitergehende Folgefragen der mitgliedstaatlichen Gerichte in erheblichem Umfang und damit eine weitere Intensivierung des europarechtlichen Kontrollmaßstabs nach sich ziehen wird²⁰¹ –

ausdrücklich jedenfalls nur für einen Teil der Auszahlung des gerechten Ausgleichs in Betracht kommen soll.

¹⁹⁹ Vgl. Vorabentscheidungsersuchen des Hoge Raad der Nederlanden (Niederlande) v. 26.09.2012, C-435/12 – ACI Adam u.a. ./ Stichting de ThuisKopie und Vorabentscheidungsersuchen des Østre Landsret (Dänemark) v. 16.10.2012, C-463/12 – Copydan Bandkopi ./ Nokia Danmark.

²⁰⁰ Vorabentscheidungsersuchen des Østre Landsret (Dänemark) v. 16.10.2012, C-463/12 – Copydan Bandkopi ./ Nokia Danmark.

²⁰¹ Vgl. zu diesem Zusammenhang *van Eechoud*, 3 JIPITEC (2012), 60, Rn. 123; *Leistner*, Die Methodik des EuGH und die Garantenfunktion der nationalen Gerichte bei der Fortentwicklung des europäischen Urheberrechts, S. 12, im Erscheinen, abrufbar unter https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Zivilrecht4/Manuskript

andererseits ist eine spezifische und konkrete Klärung der hier gegenständlichen Problematik aufgrund der derzeit anhängigen Vorlageverfahren vor dem EuGH nicht unmittelbar zu erwarten.

III. Zwischenergebnis

Der EuGH hat über die spezifische Frage einer europarechtlich zwingenden Beteiligung der Sendeunternehmen an der Kopiervergütung für private Kopien im Rahmen des gerechten Ausgleichs nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) i.V.m. Art. 2 lit. e) Informationsgesellschafts-Richtlinie bisher nicht direkt entschieden. Der bisherigen Rechtsprechung lassen sich aber eindeutige Aussagen zu den europarechtlichen Rahmenbedingungen des gerechten Ausgleichs entnehmen, die für diese Frage von wesentlicher Bedeutung sind.

Nach der EuGH-Rechtsprechung handelt es sich beim Begriff des gerechten Ausgleichs um einen *unionsrechtlichen Begriff*, der *autonom* auszulegen ist²⁰². Dieser Gesichtspunkt ist im dogmatischen Ausgangspunkt von der Frage nach dem Grad der *Konkretisierung* des unbestimmten Rechtsbegriffs auf Unionsebene und verbleibenden Ermessensspielräumen der Mitgliedstaaten zu trennen, über die wiederum der EuGH durch Auslegung der Richtlinie entscheidet²⁰³. Der EuGH neigt in diesem Zusammenhang bisher zu einer harmonisierungsorientierten, aktiven Rechtsprechung mit einem *hohen Konkretisierungsgrad* bezüglich des unbestimmten Rechtsbegriffs schon auf Unionsebene; dies ist aufgrund der Zielsetzung der Richtlinie nachvollziehbar und wird durch die vergleichsweise ausführlichen Erwägungsgründe der Richtlinie ermöglicht, die Anhaltspunkte für die Konkretisierung der enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe geben. Zugleich dienen die Erwägungsgründe (und insbesondere Erwägungsgrund 35²⁰⁴), wie stets²⁰⁵, nur der allgemeinen Erläuterung der in der Richtlinie enthaltenen

e_Leistner/Die_Methodik_des_EuGH_und_die_Garantenfunktion_der_nationalen_Gerichte_bei_der_Fortentwicklung_des_europaeischen_Urheberrechts.pdf (zuletzt abgerufen am: 11.04.2013).

²⁰² S. oben D I 1; vgl. für ein konkretes Beispiel auch die erste Vorlagefrage des niederländischen Hoge Raad im Stichting de Thuiskopie-Verfahren, die dahingehend lautete, ob die Informationsgesellschafts-Richtlinie, insbesondere in Art. 5 Abs. 2 lit. b) *überhaupt* Anknüpfungspunkte zur Bestimmung des Schuldners des gerechten Ausgleichs im nationalen Recht enthalte, s. EuGH, Ur. v. 16.06.2011, C-462/09, ABl. EU 2011, Nr. C 232, 7 = GRUR 2011, 909, Rn. 17 und 18 ff. – Stichting de Thuiskopie.

²⁰³ Vgl. oben D I 1; s. im Übrigen auch ausdrücklich BVerfG, Beschl. v. 10.11.2010, 1 BvR 2065/10 = ZUM 2011, 236, Rn. 28.

²⁰⁴ Vgl. oben bei Fn. 194 zur diesbezüglichen impliziten Klarstellung der Generalanwältin *Sharpston* in den Schlussanträgen der Rechtssache VG Wort ./i. Kyocera u.a.: spezifisch Erwägungsgrund 35 treffe Erklärungen zum Inhalt der Richtlinie, diene also deren Auslegung mit Blick auf den gerechten Ausgleich, nicht aber der Einräumung eines Ermessensspielraums an die Mitgliedstaaten; vgl. zum erläuternden Charakter des Erwägungsgrundes 35 schon *Dreier*, Gutachten, S. 28 f. unter Hinweis auf die diesbezügliche Intention des Rates („Leitlinien“ zur auslegenden Ergänzung des Gesetzestextes).

²⁰⁵ Vgl. allgemein EuGH, Ur. v. 01.04.2008, C-267/06, Slg. 2008, I-1757 = EuZW 2008, 314, Rn. 60: keine Einschränkung des Anwendungsbereichs einer Richtlinie (wie er sich aus deren verfügendem Teil ergibt) durch einen entgegengesetzten Erwägungsgrund.

unbestimmten Rechtsbegriffe und besitzen – insbesondere wenn dies zu Widersprüchen im Verhältnis zum verfügenden Teil führen würde – keinen eigenständigen normativen Charakter²⁰⁶.

Soweit im mitgliedstaatlichen Recht eine Ausnahme oder Beschränkung für Privatkopien auf beliebigen Trägern existiert, ist die Einführung eines Anspruchs der betroffenen Rechtsinhaber auf gerechten Ausgleich nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie *zwingend* durch das Unionsrecht vorgeschrieben²⁰⁷. Ausnahmen hinsichtlich des grundsätzlichen Anspruchs auf gerechten Ausgleich sind auf Grundlage von Art. 5 Abs. 2 lit. b) nicht möglich²⁰⁸.

Bezüglich der *Inhaberschaft* des Anspruchs auf gerechten Ausgleich nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie hat der EuGH im Luksan-Urteil entschieden, dass dieser unmittelbar und originär den betroffenen Rechtsinhabern des Vervielfältigungsrechts nach Art. 2 Informationsgesellschafts-Richtlinie zusteht. Dies betrifft nach dem Urteil sowohl die Urheber als auch die sonstigen in Art. 2 Informationsgesellschafts-Richtlinie genannten Inhaber des Vervielfältigungsrechts, wobei investitionsschützende Leistungsschutzrechte nach dem Luksan-Urteil eindeutig einbezogen sind. In Situationen der Kumulation mehrerer eigenständiger Vervielfältigungsrechte in einem einheitlichen Schutzgegenstand entsprechen dem gegebenenfalls je eigenständige Ansprüche auf gerechten Ausgleich, die den jeweils betroffenen Inhabern der Vervielfältigungsrechte unmittelbar und originär zustehen (konkret in dem der Luksan-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt wurde neben dem Urheber der Filmhersteller mit einbezogen, da ihm „...nach Art. 2 Buchst. d ... das gleiche Recht...“ zusteht und er daher als Inhaber des Vervielfältigungsrechts einer der von der Einschränkung des Vervielfältigungsrechts betroffenen Rechtsinhaber ist)²⁰⁹. Auch die Sendeunternehmen sind nach dieser *ratio decidendi* aufgrund ihres eigenständigen Vervielfältigungsrechts aus Art. 2 lit. e) Informationsgesellschafts-Richtlinie unmittelbar und originär Berechtigte des nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie vorzusehenden Anspruchs auf gerechten Ausgleich.

Hinsichtlich der Verpflichtung, als Gegenzug für die Privatkopieausnahme einen Anspruch auf gerechten Ausgleich vorzusehen (des „Ob“ eines gerechten Ausgleichs) und auch hinsichtlich der diesbezüglich unmittelbaren und originären Berechtigung der Sendeunternehmen kann daher aufgrund der schon vorliegenden

²⁰⁶ Vgl. auch oben D I 5.

²⁰⁷ S. oben D I 1 und 4.

²⁰⁸ S. oben D I 4.

²⁰⁹ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABI. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 91 ff. – Luksan; vgl. oben D I 4.

EuGH-Rechtsprechung kein Zweifel bestehen²¹⁰. Ermessensspielräume verbleiben den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Ausgestaltung des Anspruchs auf gerechten Ausgleich (des „Wie“ eines gerechten Ausgleichs). Auch diese Ermessensspielräume sind aber aufgrund der Vorgaben der Richtlinie und insbesondere aufgrund des Grundsatzes praktischer Wirksamkeit des Unionsrechts (Effektivitätsgrundsatz) eingeschränkt.

Beim Anspruch auf gerechten Ausgleich handelt es sich nach der Rechtsprechung des EuGH um einen *Zahlungsanspruch*, der sich zwingend an dem *Schaden* zu orientieren hat, der den betroffenen Rechtsinhabern durch die gesetzliche Gestattung der genehmigungsfreien Privatkopie entsteht. Grundsätzlich scheint der EuGH in seiner aktuellen Entscheidung *Amazon.com ./. Austro-Mechana* dabei davon auszugehen, dass der gerechte Ausgleich als Barauszahlungsanspruch der Rechteinhaber auszugestalten ist. Allerdings sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, „den Bezugsberechtigten des gerechten Ausgleichs die Barauszahlung des *gesamten* Ausgleichs zu garantieren“²¹¹; vielmehr kommt nach der aktuellen Entscheidung eine mittelbare Zahlung des gerechten Ausgleichs – insbesondere über die von Verwertungsgesellschaften eingerichteten sozialen und kulturellen Einrichtungen – für einen Teil des gerechten Ausgleichs und unter der Bedingung in Betracht, dass auch derlei mittelbare Zahlungsformen wiederum tatsächlich den Berechtigten zugutekommen²¹². Auch in diesem spezifischen Fall der Beurteilung der Kultur- und Sozialeinrichtungen der Verwertungsgesellschaften unter Art. 5 Abs. 2 lit. b Informationsgesellschafts-Richtlinie lagen demnach aber jedenfalls wieder – den Rechtsinhabern tatsächlich zumindest kollektiv bzw. mittelbar über die zu ihren Gunsten geschaffenen sozialen und kulturellen Einrichtungen zugutekommende – *Zahlungen* als Form gerechten Ausgleichs zugrunde.

Die Einzelheiten des *Schadensbegriffs* sind aufgrund der bisherigen Rechtsprechung nicht endgültig geklärt. Die im systematischen Gesamtzusammenhang mit der Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie zuerst angedeutete Leitlinie, dass dieser sich am *Umfang der ermöglichten erlaubnisfreien Nutzung* im Hinblick auf die betroffenen Werke und die Zahl der potentiellen Nutzer orientieren muss²¹³, ist aber mittlerweile im Urteil *VG Wort ./. Kyocera* u.a. eindeutig bestätigt worden: der Schaden muss sich am Gedanken einer Vergütung für die durch die Privatkopierausnahme ermöglichte

²¹⁰ S. oben D I 1, 2 und 4. Vgl. im Übrigen schon zuvor auf der Grundlage des Richtlinienartikels und der Sätze 1-3 des Erwägungsgrundes 35 der Richtlinie *Tribe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 241 ff.

²¹¹ S. zuletzt EuGH, Urt. v. 11.07.2013, C-521/11, Rn. 49 ff. – *Amazon.com ./. Austro-Mechana*; vgl. auch die der Entscheidung insoweit zugrunde liegenden Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi v. 07.03.2013, C-521/11, Rn. 76 f.

²¹² S. oben D I 6.

²¹³ S. oben D I 3.

genehmigungsfreie Nutzung orientieren²¹⁴. Geklärt ist auch, dass der Nachweis einer konkreten tatsächlichen Schädigung nicht notwendig ist; nach der EuGH-Rechtsprechung genügt insoweit ausdrücklich schon die Möglichkeit, mithilfe bestimmter Anlagen, Geräte oder Medien Kopien zu privaten Zwecken vorzunehmen („...etwaiger Schaden“)²¹⁵.

Aus der Zielsetzung der Richtlinie, ein hohes Schutzniveau zugunsten der Urheber und Inhaber verwandter Schutzrechte zu gewährleisten, dem Zusammenhang mit dem international- und europarechtlichen Drei-Stufen-Test sowie dem Effektivitätsgrundsatz leitet der EuGH im Übrigen eine *Ergebnispflicht* dahingehend ab, dass die Zahlung des gerechten Ausgleichs an die Rechtsinhaber in jedem Falle und unbedingt praktisch sicherzustellen ist²¹⁶.

Hinsichtlich der verbleibenden Ermessensspielräume hat der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung auch schon zu den in diesem Zusammenhang wesentlichen konkretisierenden Elementen in den Erwägungsgründen 35 und 38 teilweise Stellung genommen. Im Padawan-Urteil wurde aus dem Wortlaut der Erwägungsgründe 35 und 38 geschlossen, dass die Nachteile zulasten der Rechtsinhaber jedenfalls eine Verpflichtung auslösen, ein besonderes System eines Ausgleichs zu schaffen, der diese Nachteile „vergütet“ oder „ausgleicht“. In diesem Zusammenhang wurde die Geringfügigkeitsklausel in Erwägungsgrund 35 Satz 6 als reine *de minimis*-Klausel interpretiert, die im Hinblick auf die Nachteile durch *individuelle* Nutzungen *einzelner* privater Nutzer eine gewisse Pauschalierung und damit ein in gewissem Umfang abstrahierendes Abgabensystem überhaupt erst erlaubt²¹⁷. Demgegenüber war Erwägungsgrund 35 Satz 4, demzufolge „Zahlungen in anderer Form, z.B. als Teil einer Lizenzgebühr“ dazu führen können, dass keine spezifische oder getrennte Zahlung im Rahmen gerechten Ausgleichs fällig wird, bisher nicht unmittelbar Gegenstand einer spezifischen Aussage der EuGH-Rechtsprechung. Allerdings ist diese Begründungserwägung in den Schlussanträgen von Generalanwältin *Sharpston* in der Rechtssache VG Wort *./. Kyocera* angesprochen worden, wobei die Generalanwältin Erwägungsgrund 35 Satz 4 im dortigen Zusammenhang (im Übrigen im Einklang mit einschlägigen Hintergrundpapieren der Kommission zum gerechten Ausgleich) allein auf die *Vermeidung von Doppelzahlungen* im Falle von Nutzungen *aufgrund individueller vertraglicher Vereinbarungen* bezieht²¹⁸. Das Urteil in Sachen VG Wort *./. Kyocera* von Juni 2013 hat das nun eindeutig bestätigt und noch bestärkt: eine ausdrückliche

²¹⁴ EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 49 – VG Wort *./. Kyocera*.

²¹⁵ S. oben D I 1.

²¹⁶ S. oben D I 2.

²¹⁷ Vgl. oben D I 1.

²¹⁸ S. insgesamt oben D I 5, insbesondere zu den entsprechenden Überlegungen im Background Document ‘Fair Compensation for Acts of Private Copying’ bei Fn. 194. Vgl. auch noch unten E zur genau entsprechenden Lesart in den *Vitorino*-Empfehlungen.

oder konkludente Zustimmung des Rechtsinhabers zu Nutzungen, die von der mitgliedstaatlichen Ausnahme ohnehin gedeckt sind, hat keinerlei Einfluss auf den Schaden, der dem Rechtsinhaber aufgrund der durch die Ausnahme ermöglichten Nutzungen entsteht und lässt daher den grundsätzlichen Anspruch auf gerechten Ausgleich ebenso unberührt wie das Unterlassen freiwilliger technischer Schutzmaßnahmen²¹⁹.

Schließlich hat der EuGH im Luksan-Urteil – insbesondere in der Zusammenschau mit dem dem Urteil insoweit zugrunde liegenden und im Ergebnis vom Gerichtshof übernommenen Ausführungen der Generalanwältin *Trstenjak* – darüber hinaus verdeutlicht, dass ein im Grundsatz gewähltes Vergütungssystem die Mitgliedstaaten in der Folge auch zu gewisser *konzeptioneller Konsistenz* verpflichtet: in Situationen sich kumulierender Schutzrechte steht gegebenenfalls jedem der Inhaber eines Vervielfältigungsrechts aus Art. 2 Informationsgesellschafts-Richtlinie ein eigenständiger Anspruch auf gerechten Ausgleich zu und der seitens der Mitgliedstaaten für je einzelne Rechtsinhaber festgelegte Beteiligungsanspruch an der Vergütung ist einer Verrechnung im Wege widerleglicher oder unwiderleglicher Vermutungen der Abtretung des Anspruchs nicht zugänglich. Dabei ist die Entscheidung hinsichtlich einer *freiwilligen* Abtretbarkeit des Anspruchs – insbesondere wenn es nicht um Urheber, sondern um die Inhaber von investitionsschützenden Leistungsschutzrechten geht – nicht eindeutig; die Frage der freiwilligen Abtretbarkeit der Vergütungsansprüche ist also europarechtlich als offen anzusehen. Für die hier betrachtete Fragestellung ist dies nicht von Belang. Denn der entscheidende Grundsatz einer notwendig je eigenen Beteiligung aller Rechtsinhaber nach Art. 2 Informationsgesellschafts-Richtlinie in Situationen der Kumulation von Urheberrecht und investitionsschützenden verwandten Schutzrechten, die jedenfalls nicht *unfreiwillig* entzogen werden kann, ist demgegenüber in der Entscheidung klar niedergelegt. Der – von der österreichischen Regierung im Verfahren vorgetragene – grundsätzliche Ermessensspielraum hinsichtlich Art und Höhe des gerechten Ausgleichs ist also im Ergebnis der Entscheidung des EuGH beschränkt von der Verpflichtung zur *konzeptionell konsistenten Durchführung* einer einmal gewählten Form des gerechten Ausgleichs und der diesbezüglichen Ergebnispflicht der Mitgliedstaaten.

Im Ergebnis geht die vorliegende Rechtsprechung des EuGH für den Anspruch auf gerechten Ausgleich stets von Zahlungsansprüchen aus, die sich hinsichtlich ihrer Gesamtkonzeption und -höhe an der durch die gesetzlich genehmigungsfrei gestattete Nutzung ermöglichten Schädigung der betroffenen Rechtsinhaber zu orientieren haben und insoweit im Sinne einer Ergebnispflicht sicherzustellen sind.

²¹⁹ EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 30 ff., 57 f. – VG Wort ./ Kyocera.

E. Legislative und rechtspolitische Entwicklungen auf europäischer Ebene

Aus dem vorstehenden Überblick wird ersichtlich, dass der EuGH sich – wie in anderen Feldern des europäischen Urheberrechts – auch im Bereich des gerechten Ausgleichs bereits um eine vergleichsweise engmaschige Konkretisierung dieses Konzepts auf Unionsrechtsebene bemüht hat, die sich in der nächsten Zeit noch erheblich intensivieren wird. Darüber hinaus ist die Frage des gerechten Ausgleichs und insgesamt der kollektiven Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten derzeit auch Gegenstand rechtspolitischer Entwicklungen auf europäischer Ebene.

Als bereits vorliegendes legislatives Projekt steht dabei aktuell der Vorschlag für eine Richtlinie über kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für die Online-Nutzung von Rechten an Musikwerken im Binnenmarkt²²⁰ im Mittelpunkt der Diskussion²²¹. Im Übrigen setzt die Kommission neben der allgemeinen Prüfung und Überarbeitung des Rechtsrahmens für Urheber- und verwandte Schutzrechte derzeit kurzfristig insbesondere auf die Schaffung praktischer Strukturen für innovative Lizenzvergabe und technische Lösungen im Internet (wobei neben der Suche nach grenzüberschreitenden Lösungen insbesondere auch unterschiedliche Ansätze der Mikrolizenzierung verfolgt werden)²²². Diese Initiativen betreffen die hier gegenständliche Fragestellung nicht unmittelbar. Kurzfristig ist hier also eher keine legislative Klarstellung zu erwarten.

Von Relevanz für die hier betrachtete Fragestellung ist aber das von der Kommission geförderte und von *António Vitorino* geleitete Mediationsverfahren bezüglich Abgaben für Privatkopien und sonstige Reproduktionsformen, das die Kommission nach zahlreichen Vorarbeiten in diesem Bereich²²³ im November 2011 angestoßen

²²⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für die Online-Nutzung von Rechten an Musikwerken im Binnenmarkt v. 11.07.2012, COM(2012) 372, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0372:FIN:DE:PDF> (zuletzt abgerufen am 11.04.2013).

²²¹ Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für die Online-Nutzung von Rechten an Musikwerken im Binnenmarkt“ COM(2012) 372 final — 2012/0180 (COD) v. 12.12.2012, ABl. EU 2012, Nr. C 44 v. 15.2.2013, S. 104; Stellungnahme des Bundesrats v. 01.10.2012, BR-Drucks. 395/1/12; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 155; *Csillag*, medien und recht 2012, 234; *Staats*, ZUM 2013, 162; *Holz Müller*, ZUM 2013, 168; *Maier-Hauff*, ZUM 2013, 182; *Janik/Tiwisina*, ZUM 2013, 177; *Nérisson*, ZUM 2013, 185; *Ventroni*, MMR 2012, 565.

²²² Vgl. Mitteilung der Kommission über Inhalte im digitalen Binnenmarkt, COM(2012) 789 final v. 18.12.2012.

²²³ Vgl. zu diesen Vorarbeiten nur die Nachweise bei *von Lewinski/Walter*, European Copyright Law, A Commentary, 2010, 11.5.24 und 12.0.96, sowie auch die aktuelle Übersicht auf der Homepage der

hatte²²⁴ und in dessen Rahmen *Vitorino* nunmehr am 31. Januar 2013 seine Empfehlungen vorgelegt hat²²⁵. Die hier unmittelbar gegenständliche Fragestellung wird in dem Bericht nicht angesprochen. Hinsichtlich der allgemeinen Rahmenbedingungen des Konsultationsprozesses betont *Vitorino* die hohe Bedeutung, die die EuGH-Rechtsprechung in diesem Bereich schon erlangt hat und allein aufgrund der anhängigen Vorlageverfahren noch erlangen wird, um insbesondere Fragestellungen im Zusammenhang mit der Festsetzung und Erhebung der Gebühren zu klären. Entsprechend strukturiert diese Rechtsprechung auch seine Vorschläge in wesentlichen Teilen gleichsam vor²²⁶. Nach seiner Überzeugung muss der Weg zur weiteren Entwicklung des Abgabensystems derzeit im Grundsatz über diese Rechtsprechung führen; einer kurz- oder mittelfristigen Abschaffung des Abgabensystems erteilt er eine Absage. Dementsprechend regt *Vitorino* überwiegend eher kleinere Änderungen oder Ergänzungen an²²⁷. Hinsichtlich seines einzigen (aber grundstürzenden) Änderungsvorschlags – der Umstellung der bestehenden mitgliedstaatlichen Abgabensysteme auf eine Erhebung auf der Ebene des Einzelhandels bei gleichzeitiger Vereinfachung der jeweils bestehenden Tarifsyste für die einzelnen Gerätearten²²⁸ – gesteht er selbst zu, dass eine solche grundlegende Veränderung kurzfristig kaum erreichbar sei und unterbreitet schon seinerseits auch mildere Alternativvorschläge²²⁹. Nach alledem ist eine Regulierung des Bereichs der Privatkopierabgabe demnach derzeit kurz- und mittelfristig in erster Linie auf der Basis der richterrechtlichen Konkretisierung des legislativen status quo gerechten Ausgleichs auf Grundlage von Art. 5 Abs. 2 lit. b) und e) Informationsgesellschafts-Richtlinie zu erwarten; dies entspricht der insgesamt hohen Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung zur Informationsgesellschafts-Richtlinie für die Fortbildung des europäischen Urheberrechts.

Von gewisser Relevanz für die hier behandelte Fragestellung ist *Vitorinos* Vorschlag, das Konzept des „Schadens“ im Rahmen des gerechten Ausgleichs auf europäischer Ebene zu definieren. Seine diesbezüglichen Vorschläge²³⁰ übersehen allerdings

Kommission, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/levy_reform/index_en.htm (zuletzt abgerufen am 11.04.2013).

²²⁴ Beauftragung durch Michael Barnier, Kommissar für Binnenmarkt und Dienstleistungen in der EU-Kommission, abrufbar unter http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/barnier/docs/speeches/20111123/statement_en.pdf (zuletzt abgerufen am 11.04.2013).

²²⁵ Recommendations resulting from the Mediation on Private Copying and Reprography Levies v. 31.01.2013, abrufbar unter

http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf (zuletzt abgerufen am 11.04.2013).

²²⁶ Vgl. *Vitorino*, aaO., S. 1, 9, 10 f., 14 f., 17 f. und öfter.

²²⁷ Vgl. zusammenfassend *Vitorino*, aaO., S. 4.

²²⁸ Vgl. *Vitorino*, aaO., S. 11 ff.

²²⁹ *Vitorino*, aaO., S. 16 f.

²³⁰ *Vitorino*, aaO., S. 19 f.

unter Engführung der Ausgangsbasis auf das Padawan-Urteil die ersten Anhaltspunkte, die der EuGH bezüglich der für den Schadensbegriff wesentlichen Faktoren im VEWA-Urteil indirekt gegeben hat und die im Kern eine jedenfalls grundsätzliche Anknüpfung an den persönlichen und sachlichen Umfang der durch die Schranke ermöglichten Nutzung verlangen²³¹. Das EuGH-Urteil von Juni 2013 in Sachen VG Wort ./ Kyocera, das diesen Zusammenhang auch für den gerechten Ausgleich im engeren Sinne eindeutig bestätigt hat²³², konnte *Vitorino* für seine Vorschläge ohnedies noch nicht berücksichtigen. Dennoch ist *Vitorinos* Feststellung, der Schadensbegriff sei in der EuGH-Rechtsprechung nicht endgültig geklärt, natürlich bezüglich einer *weitergehenden* Konkretisierung durchaus haltbar²³³. *Vitorino* geht von einem Schadensbegriff aus, der nach Art eines Grundsatzes der Naturalrestitution als Anknüpfungspunkt die Situation der Rechtsinhaber aufgrund einer bestehenden Privatkopierschranke mit ihrer fiktiven Situation ohne Privatkopierschranke vergleichen würde. So soll eine Abschätzung des ökonomischen Schadens insbesondere durch entgangene Lizenzgebühren oder Verkaufsumsätze ermöglicht werden. Hierfür käme es also darauf an, welche Umsätze den Rechtsinhabern durch die bestehende Privatkopierschranke entgehen und damit letztlich auf die Summe, die die Verbraucher gegebenenfalls für derartige Kopiermöglichkeiten bzw. zusätzliche Kopien zu zahlen bereit wären²³⁴. Dies könnte gegenüber einer unmittelbaren (1:1)-Anknüpfung an den tatsächlichen Umfang der im status quo genehmigungs- (und zahlungsfrei) vorgenommenen Privatkopien natürlich zu einer gewissen Einschränkung des Schadensbegriffs führen. Wesentlich für den Umfang des Schadens wäre auf dieser Basis die fiktive „*consumer willingness to pay for these [private] copies*“²³⁵. Ob sich der EuGH diesen eher einschränkenden Überlegungen anschließt, ist im Lichte des aktuellen VG Wort ./ Kyocera-Urteils mit seiner Orientierung des Schadensbegriffs auf die Vergütung der durch die Ausnahme ermöglichten Nutzungen freilich eher skeptisch zu beurteilen²³⁶. Schließlich merkt *Vitorino* noch zum Begriff lediglich geringfügiger Schäden im Anschluss an das Padawan-Urteil an, dass solche lediglich geringfügigen Schäden wohl an den Fall einer individuellen Kopie einzelner privater Verbraucher anknüpfen; der gerechte Ausgleich, der kompensiert werden müsse, knüpfe demgegenüber an den aggregierten Umfang der privaten Nutzungen der Gesamtheit der Nutzer an²³⁷.

²³¹ S. oben D I 3.

²³² EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 49 – VG Wort ./ Kyocera.

²³³ *Vitorino*, aaO., S. 19.

²³⁴ In ähnliche Richtung weist im Übrigen Art. 3 lit. b) des Königlichen Dekrets 1657/2012 v. 07.12.2012, BOE Núm. 295, Sec. I, 84141, im Rahmen der neuen spanischen Regelung einer aus dem Staatshaushalt finanzierten Privatkopiervergütung. Vgl. oben bei Fn. 108.

²³⁵ *Vitorino*, aaO., S. 19.

²³⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 49 – VG Wort ./ Kyocera.

²³⁷ *Vitorino*, aaO., S. 19.

F. Konsequenzen für das deutsche Recht

Die Beurteilung der hier gegenständlichen Fragestellung durch den deutschen Gesetzgeber, die Rechtsprechung und die Literatur ist nach den bisher erarbeiteten Ergebnissen²³⁸ dadurch charakterisiert, dass insbesondere die vorstehend behandelte aktuelle Rechtsprechung des EuGH²³⁹ bisher nicht umfassend berücksichtigt werden konnte. Dementsprechend sollen im Folgenden zuerst die bisherigen Argumente in der deutschen Diskussion im Lichte der aktuellen EuGH-Rechtsprechung diskutiert und bewertet werden (s. unten I). Im Ergebnis dieser Bewertung kommt es für den Anspruch der Sendeunternehmen auf gerechten Ausgleich entscheidend auf die den Sendeunternehmen durch die in Deutschland bestehende Privatkopierschranke bezüglich ihrer Sendungen entgehenden Gewinne und sonstigen ökonomischen Nachteile an, die unter den unionsrechtlichen Schadensbegriff zu subsumieren sind (s. unten II). Auf dieser Basis lässt sich ein Ergebnis bezüglich der Vereinbarkeit der derzeitigen gesetzlichen Lage in Deutschland mit der unionsrechtlichen Vorgabe bezüglich des gerechten Ausgleichs formulieren (s. unten III).

I. Bisherige Argumente in der deutschen Diskussion im Lichte der aktuellen EuGH-Rechtsprechung

1) Weites Ermessen der Mitgliedstaaten?

Soweit in der deutschen Diskussion in unterschiedlichem Zusammenhang hervorgehoben wurde, der deutsche Gesetzgeber habe hinsichtlich der Kompensation der Sendeunternehmen ein weites Regelungsermessen, da die Richtlinie die Frage nach einer Beteiligung an der Geräte- und Leerträgervergütung nicht beantwortete²⁴⁰, ist diese Feststellung durch die vorliegende EuGH-Rechtsprechung teilweise überholt. Zwar betont auch der EuGH das grundsätzliche Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung des jedenfalls autonom unionsrechtlich auszulegenden Anspruchs auf gerechten Ausgleich. Doch ist dieses Ermessen mittlerweile durch die im Rahmen der EuGH-Rechtsprechung zum gerechten Ausgleich entwickelten Grundsätze auf Unionsrechtsebene in recht hohem Maße begrenzt. Aus dem Stichting de Thuis kopie- und dem Luksan-Urteil ergibt sich in der Zusammenschau für die hier gegenständliche Fragestellung jedenfalls eindeutig, dass die Sendeunternehmen wegen der Einschränkung ihres eigenständigen Vervielfältigungsrechts einen grundsätzlich *ausnahmslos und effektiv*

²³⁸ S. zusammenfassend oben C IV.

²³⁹ S. oben D.

²⁴⁰ Vgl. oben C I, II 1 und III.

zu gewährenden originären und unmittelbaren Anspruch auf gerechten Ausgleich i.S.d. Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie haben²⁴¹.

Soweit in diesem Zusammenhang Fragen bezüglich des weiteren Konkretisierungsgrades des Unionsrechts hinsichtlich dieses grundsätzlich feststehenden Anspruchs fortbestünden, ist für die Beantwortung solcher Fragen, die die Auslegung der Informationsgesellschafts-Richtlinie betreffen, ausschließlich der EuGH zuständig²⁴². An dessen bereits vorliegenden Grundaussagen zum gerechten Ausgleich sind die weiteren Argumente in der deutschen Diskussion zu messen.

2) Zahlungsanspruch oder auch sonstige Formen eines umfassend ausgewogenen Interessenausgleichs?

In seiner bisherigen Rechtsprechung geht der EuGH ausnahmslos davon aus, dass der Anspruch auf gerechten Ausgleich in einem *Zahlungsanspruch* besteht, der sich an dem durch die zustimmungsfreie Gestattung privater Kopien dem Rechtsinhaber entstehenden Schaden orientieren muss. Insoweit besteht eine Ergebnispflicht der Mitgliedstaaten, die eine Privatkopierschranke im Rahmen des Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie eingeführt oder beibehalten haben, die Erfüllung dieses Zahlungsanspruchs effektiv sicherzustellen. Soweit Teile des gerechten Ausgleichs in Form mittelbarer Zahlungen erfolgen dürfen (so vom EuGH zuletzt entschieden für die im österreichischen Recht vorgesehene Auszahlung über die Einrichtung von Kultur- und Sozialeinrichtungen der Verwertungsgesellschaften), müssen diese jedenfalls wiederum tatsächlich den betroffenen Rechtsinhabern zugutekommen²⁴³.

Soweit demgegenüber in der deutschen Diskussion vertreten wurde, der gerechte Ausgleich müsse (in systematischer Abweichung von der angemessenen Vergütung im Rahmen der Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie) schon prinzipiell nicht zwingend in einer Geldzahlung bestehen²⁴⁴, lässt sich dies nach der vorliegenden EuGH-Rechtsprechung – insbesondere auch hinsichtlich des systematischen Verhältnisses der Vergütungsansprüche in der Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie zum gerechten Ausgleich nach der Informationsgesellschafts-Richtlinie²⁴⁵ – so nicht

²⁴¹ Vgl. oben D I 2 und 4.

²⁴² Vgl. oben D I 1 und zusammenfassend D III; s. im Übrigen auch ausdrücklich BVerfG, Beschl. v. 10.11.2010, 1 BvR 2065/10 = ZUM 2011, 236, Rn. 28. Vgl. noch unten F IV 2 zu den Folgen für die Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV.

²⁴³ S. näher oben D I 6.

²⁴⁴ Vgl. oben C II 1 und C III.

²⁴⁵ Vielmehr hat der EuGH im Gegenteil das Prinzip einheitlicher Auslegung der unterschiedlichen Urheberrechtsrichtlinien betont und geht auf dieser Basis von grundsätzlich einheitlichen Maßstäben für die einfache „Vergütung“, die „angemessene Vergütung“ (nach der Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie) und den „gerechten Ausgleich“ (nach der Informationsgesellschafts-Richtlinie) aus, wobei der Konkretisierungsgrad unionsrechtlicher Vorgaben beim gerechten Ausgleich sogar am höchsten

aufrechterhalten²⁴⁶. Für das Argument in der deutschen Diskussion, die Sendeunternehmen seien durch Vergünstigungen an anderer Stelle (etwa die gesetzliche Lizenz aufgrund von § 78 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 UrhG) hinreichend kompensiert²⁴⁷, bedeutet diese Rechtsprechung, dass eine solche Vergünstigung im Rahmen eines umfassenden Interessenausgleichs hier – wenn überhaupt – allenfalls zu einer Berücksichtigung im Rahmen der quotalen Beteiligung an der Privatkopiervergütung (also im Rahmen der *Höhe* des gerechten Ausgleichs²⁴⁸) gewisse Berücksichtigung finden könnte²⁴⁹. An der zwingenden mitgliedstaatlichen Verpflichtung, den Sendeunternehmen einen eigenständigen *Zahlungsanspruch* zur Kompensation der ihnen durch Privatkopien entstehenden Schäden zu gewährleisten, kann der Verweis auf den im Urheberrechtsgesetz erfolgten umfassenden Interessenausgleich also nichts ändern.

3) Kein Zahlungsanspruch aufgrund Zahlungen in anderer Form?

Weiter wurde als europarechtlich auf Erwägungsgrund 35 Satz 4 Informationsgesellschafts-Richtlinie gestütztes Argument vorgebracht, die Sendeunternehmen erhielten aufgrund der Beteiligung an der Geräte- und Leermedienvergütung in ihrer Eigenschaft als Tonträger- und Filmhersteller nach deutschem Recht bereits eine Zahlung in anderer Form, sodass keine spezifische oder getrennte Zahlung gerechten Ausgleichs für die Beschränkung ihres eigenen, durch Art. 2 lit. e) Informationsgesellschafts-Richtlinie gewährleisteten Vervielfältigungsrechts anfallt²⁵⁰.

Hierzu ist festzustellen, dass dieses Argument mit den in der Luksan-Entscheidung für Situationen der Schutzrechtskumulation entwickelten Grundsätzen nach heutigem Stand unvereinbar ist. Nach der Luksan-Entscheidung – die in dieser Frage im Übrigen mit den europaweit und international praktisch einheitlichen allgemeinen Grundsätzen der Schutzrechtskumulation im Einklang steht²⁵¹ – ist in Situationen der

ist. Selbst bei der einfachen „Vergütung“ für Verleih – und damit dem Begriff mit dem unionsrechtlich geringsten Konkretisierungsgrad (und den dementsprechend weitesten Ermessensspielräumen der Mitgliedstaaten) – geht der EuGH davon aus, dass hier ein Zahlungsanspruch garantiert werden muss, der sich grundsätzlich am persönlichen und sachlichen Umfang der ermöglichten Nutzungen orientieren muss. S. zu alledem näher oben D I 3.

²⁴⁶ S. oben D III.

²⁴⁷ Vgl. oben C I.

²⁴⁸ Vgl. zuletzt auch in anderem Zusammenhang (der Anreizwirkung für den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen) EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 57 f. – VG Wort ./ Kyocera. Ermessensspielräume bestehen, wenn überhaupt, allenfalls bei der konkreten Höhe des dem Rechtsinhaber geschuldeten Ausgleichs.

²⁴⁹ Sogar insoweit ablehnend und gegen jegliche Anrechenbarkeit derartiger Vorteile *Triebe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopiervergütung, 2008, S. 245.

²⁵⁰ Vgl. oben C I und III.

²⁵¹ S. für das deutsche Recht spezifisch bezüglich der Rechte der Sendeunternehmen in ihrer Eigenschaft als Tonträger- und Filmhersteller BGH, Urt. v. 12.11.1998, I ZR 31/96 = GRUR 1999, 577,

Schutzrechtskumulation jeder der Rechtsinhaber nach Art. 2 Informationsgesellschafts-Richtlinie für *sein* Schutzrecht – gleich ob Urheberrecht oder investitionsschützendes verwandtes Schutzrecht – eigenständig zu kompensieren und insoweit originärer und unmittelbarer Inhaber des Anspruchs auf gerechten Ausgleich nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie. Verrechnungslösungen kommen insoweit gerade nicht in Betracht²⁵². Dem entsprechen im Übrigen auch die auf europäischer Ebene erkennbaren ersten Interpretationsansätze zu Erwägungsgrund 35 Satz 4²⁵³, die sämtlich davon ausgehen, dass diese Bestimmung Situationen betrifft, in denen der Rechtsinhaber aufgrund individueller Nutzungsvereinbarungen kompensiert wurde und (nur) in solchen Situationen eine Doppelzahlung vermeiden will.

Auf dieser Grundlage ist das Argument, eine Zahlung im Hinblick auf die Rechtsinhaberschaft an einem anderen Schutzrecht stelle eine andere Zahlung dar, die zum Wegfall des gerechten Ausgleichs hinsichtlich des eigenen Vervielfältigungsrechts der Sendeunternehmen führen könne, nicht mehr haltbar. Die jeweils eigenständigen, auf die je spezifisch geschützte *Leistung* gerichteten originären und unmittelbaren Ansprüche der in Art. 2 genannten Rechtsinhaber auf gerechten Ausgleich nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie sind nach den im Luksan-Urteil niedergelegten Grundsätzen nicht verrechenbar.

4) Nur geringfügiger Schaden der Sendeunternehmen?

Ebensowenig stützt die bisherige Rechtsprechung des EuGH zu Erwägungsgrund 35 Satz 6 die Annahme von Teilen der deutschen Literatur und insbesondere auch des Gesetzgebers des II. Korbes der deutschen Urheberrechtsreform, auf dieser

578: mehrere Leistungsschutzrechte können aufgrund verschiedener Leistungen in einer Hand entstehen und führen dann zu einer jeweils *zusätzlichen* Berechtigung. Daher sind sie auch unabhängig zu behandeln, sodass insbesondere die Ausschlussklausel des § 87 Abs. 3 UrhG für die zusätzlichen Berechtigungen als Tonträger- oder Filmhersteller nicht greift. Außerdem kommt eine Berechtigung als Tonträger- oder Filmhersteller ohnedies nur in Betracht, wenn die Sendeunternehmen „ihre Produktionen als Tonträger in eigener Regie oder durch Lizenznehmer vervielfältigen und verbreiten“, sodass hier in jedem Falle nur ein vergleichsweise kleiner Teilbereich der gesamten Produktion von Sendungen überhaupt erfasst wäre. Vgl. im Übrigen grundsätzlich und allgemein zu Schutzrechtsüberschneidungen *Derclaye/Leistner*, Intellectual Property Overlaps, A European Perspective, 2011, zusammenfassend S. 287: deutlichste Gemeinsamkeit im europäischen Rechtsvergleich, im Unionsrecht und im internationalen Recht ist das Prinzip der unabhängigen Schutzrechtsanwendung überlappender Schutzrechte als Ausgangspunkt für die weit überwiegende Anzahl der Überschneidungssituationen; vgl. zum Grundsatz der getrennten Betrachtung sämtlicher Ausschließlichkeitsrechte auch im internationalen Recht aus Sicht der hier interessierenden Problematik wie hier auch *Triebe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 245 f.

²⁵² S. oben D I 4.

²⁵³ Vgl. oben D I 5, insbesondere bei Fn. 194.

Grundlage könne ein Zahlungsanspruch auf gerechten Ausgleich für Sendeunternehmen entfallen, da diesen nur geringfügige Nachteile entstünden²⁵⁴.

Der EuGH interpretiert Erwägungsgrund 35 Satz 6 Informationsgesellschafts-Richtlinie in seiner bisherigen Rechtsprechung als eine *de minimis*-Klausel, die mit Blick auf den gerechten Ausgleich überhaupt erst gewisse pauschalierende Lösungen – etwa im Wege der Privatkopiervergütung – ermöglicht, indem sie im Hinblick auf *einzelne Akte* privater Nutzung durch *individuelle* Nutzer die Mitgliedstaaten von der Verpflichtung befreit, den gerechten Ausgleich *punktgenau* nach den entstehenden Schäden der Rechtsinhaber durch die einzelne Nutzung zu bemessen. Es geht also in dieser Interpretation um die Freistellung vom gerechten Ausgleich hinsichtlich *einzelner individueller Nutzungsakte*. Dem entspricht der diesbezügliche Interpretationsansatz bezüglich Erwägungsgrund 35 Satz 6 Informationsgesellschafts-Richtlinie in den aktuellen *Vitorino*-Empfehlungen auf Initiative der Kommission²⁵⁵.

Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Luksan-Rechtsprechung, derzufolge die in Art. 2 Informationsgesellschafts-Richtlinie genannten Rechtsinhaber originären und unmittelbaren Anspruch auf gerechten Ausgleich haben, besteht schon im dogmatischen Ausgangspunkt durchgreifender Zweifel, ob auf Grundlage des Erwägungsgrundes 35 Satz 6 Informationsgesellschafts-Richtlinie *eine ganze Kategorie von Rechtsinhabern* mit den ihnen *in der Summe* entstehenden Nachteilen vom Anspruch auf gerechten Ausgleich ausgeschlossen werden könnte. Der Verweis in der deutschen Literatur auf die Protokollerklärung der Kommission zu Erwägungsgrund 35 Informationsgesellschafts-Richtlinie im Hinblick auf bestimmte einmalige und vorübergehende Vervielfältigungshandlungen zum Zwecke des time shifting vermag daran im Lichte der neueren EuGH-Rechtsprechung nichts zu ändern. Erstens gehen die im deutschen Recht aufgrund der Privatkopierausnahme gestatteten (und in der Praxis beobachtbaren) Nutzungshandlungen nach insoweit einhelliger Auffassung über bloße einmalige und vorübergehende Vervielfältigungshandlungen zum Zwecke einmaligen time-shiftings hinaus (etwa auch private Archivierung und insgesamt dauerhafte Fixierung, mehrfacher Konsum der Sendung, Verleih an Freunde etc.), sodass eine kompensationslose Beschränkung im Hinblick auf die Sendeunternehmen selbst auf Grundlage einer Interpretation nach der Protokollerklärung nicht zulässig wäre²⁵⁶. Dies wurde auch von den Vertretern der hinsichtlich der Nichtbeteiligung der Sendeunternehmen

²⁵⁴ Vgl. oben C I, II 1 und III.

²⁵⁵ S. oben D I 1, D III und E.

²⁵⁶ So insbesondere auch *Schack*, GRUR Int. 2009, 490, 494, in seiner grundsätzlich einen Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten zur Reduzierung des gerechten Ausgleichs „auf Null“ befürwortenden Stellungnahme. S. im Übrigen schon zuvor *Götting*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, 2004, S. 51; *Dreier*, Gutachten, S. 31.

permissiven Auffassung ausdrücklich anerkannt. Das auf die Protokollerklärung basierte Argument lautete dann folgerichtig nur mittelbar, die Erklärung zeige gleichsam indiziell auf, dass die Mitgliedstaaten weiten Ermessensspielraum hinsichtlich Regelungen hätten, die eine ähnliche Tendenz mit Blick auf die Einschränkung der Rechte der Sendeunternehmen verfolgten²⁵⁷. Gerade dieses mittelbare Argument ist aber nunmehr im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie nicht mehr haltbar. Denn der EuGH hat sich in seiner bisherigen Rechtsprechung über die von der Kommission – etwa im Padawan-Verfahren ausdrücklich vorgetragene – Auffassung, mit Blick auf die Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs sei den Mitgliedstaaten weites Ermessen eingeräumt, bereits eindeutig hinweg gesetzt²⁵⁸. Vor diesem Hintergrund ist der Protokollerklärung der Kommission nicht nur aus allgemein methodischen²⁵⁹ Gründen, sondern auch ganz konkret im Lichte der schon ergangenen EuGH-Rechtsprechung zum gerechten Ausgleich für die hier behandelte Problematik praktisch keine Bedeutung mehr zuzumessen. Die Interpretation der Richtlinie im Lichte ihrer Zielsetzung und des Grundsatzes praktischer Wirksamkeit geht nach der EuGH-Rechtsprechung vor.

5) Zwischenergebnis

Die in der bisherigen deutschen Diskussion vorgebrachten Argumente hinsichtlich des bestehenden Ermessens der Mitgliedstaaten, möglicher sonstiger Formen eines Interessenausgleichs bzw. eines Wegfalls des eigenständigen Anspruchs auf gerechten Ausgleich wegen Zahlungen in anderer Form können im Lichte der vorliegenden EuGH-Rechtsprechung nichts an der zwingenden mitgliedstaatlichen Verpflichtung ändern, den Sendeunternehmen einen eigenständigen *Zahlungsanspruch* zur Kompensation der ihnen durch Privatkopien entstehenden Schäden zu gewährleisten.

Lediglich wenn diese Schäden so geringfügig wären, dass sie im Umfang einzelnen Nutzungsakten individueller Nutzer vergleichbar wären, käme ein Wegfall des Anspruchs wegen Geringfügigkeit auf Grundlage von Erwägungsgrund 35 Satz 6 nach der bisherigen Rechtsprechung in Betracht. Auch im Übrigen kommt es für die auf Grundlage von Erwägungsgrund 35 gegebenenfalls verbleibenden Spielräume der Mitgliedstaaten entscheidend auf den den Sendeunternehmen durch die erlaubnisfreie Gestattung der privaten Vervielfältigung ihrer Sendungen im Sinne der

²⁵⁷ Schack, GRUR Int. 2009, 490, 494.

²⁵⁸ S. oben D I 1.

²⁵⁹ S. insoweit zutreffend und ausführlich schon zuvor *Triebe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 248 ff.; *Götting*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, 2004, S. 50; *Dreier*, Gutachten, S. 30 ff.

Padawan-Rechtsprechung tatsächlich entstehenden „Schaden“ an. Die unionsrechtlichen Vorgaben bezüglich des Schadensbegriffs und die sich daraus ergebenden Folgerungen für den Anspruch der Sendeunternehmen sind daher im Folgenden noch näher zu untersuchen, um zu einem endgültigen Ergebnis zu gelangen.

II. Der „Schaden“ der Sendeunternehmen im Lichte der unionsrechtlichen Vorgabe

Um die Frage nach dem den Sendeunternehmen durch die erlaubnisfreie Gestattung der privaten Vervielfältigung ihrer Sendungen im Sinne der Padawan-Rechtsprechung entstehenden Schaden zu beantworten, ist zuerst die Struktur des zugrundeliegenden unionsrechtlichen Schadensbegriffs als Grundlage des gerechten Ausgleichs zu klären (s. unten 1)). Auf dieser Basis können die den Sendeunternehmen entgehenden Gewinne und sonstigen Nachteile unter den solcherart konkretisierten Schadensbegriff subsumiert werden (s. unten 2)).

1) Struktur des Schadensbegriffs als Grundlage des gerechten Ausgleichs

Nach der Luksan-Rechtsprechung besteht grundsätzlich ein unmittelbarer und originärer Anspruch der in Art. 2 Informationsgesellschafts-Richtlinie genannten Rechtsinhaber. Der zu gewährleistende Zahlungsanspruch soll sich nach der Padawan-Rechtsprechung zentral an den diesen Rechtsinhabern entstehenden *Schäden* – und damit aufgrund der VEWA-Rechtsprechung grundsätzlich am Umfang der durch die Ausnahme ermöglichten Nutzung – orientieren. Diese grundsätzliche Orientierung am Umfang der im Ergebnis genehmigungsfrei ermöglichten Nutzung wurde jüngst im Urteil in der Rechtssache VG Wort ./ Kyocera bestätigt²⁶⁰. Eine weitergehende Definition seitens des EuGH ist bisher nicht erfolgt. Die konkrete Verwendung des Begriffs in der Padawan-Entscheidung und die dortigen Formulierungen deuten jedenfalls auf eine Art Grundsatz der Naturalrestitution als Ausgangspunkt für die Entschädigung in Geld, der aber auf der Basis der Geringfügigkeitsklausel des Art. 35 S. 6 Informationsgesellschafts-Richtlinie gewissen Pauschalierungen im Hinblick auf individuelle Einzelfälle zugänglich ist²⁶¹.

Diese grundsätzliche Lesart wird bestätigt und konkretisiert durch eine teleologische und systematische Auslegung auf Grundlage der Zielsetzung der Richtlinie und des Zusammenhangs mit dem Drei-Stufen-Test gemäß

²⁶⁰ EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 49 – VG Wort ./ Kyocera: Vergütung der genehmigungsfrei erfolgten Nutzung.

²⁶¹ S. oben F I 4.

Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-Richtlinie (s. unten a)), durch eine systematische Auslegung im Kontext des gesamten Unionsurheberrechts sowie auch durch die aktuelle rechtspolitische Entwicklung mit den im Auftrag der Kommission erstellten Vorschlägen u.a. zur Konkretisierung des Schadensbegriffs in den *Vitorino*-Empfehlungen (s. unten b)). Im Ergebnis der Auslegung lassen sich im Anschluss an die EuGH-Rechtsprechung gewisse strukturelle Elemente zur weiteren Konkretisierung des für die Bemessung des gerechten Ausgleichs zentralen Schadenskonzepts ableiten (s. unten c)).

a) *Teleologische Auslegung und Zusammenhang mit dem Drei-Stufen-Test*

Der Zusammenhang des Anspruchs auf gerechten Ausgleich mit dem nach Erwägungsgrund 9 und 10 der Informationsgesellschafts-Richtlinie grundsätzlich zu gewährleistenden hohen Schutzniveau und dem in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie niedergelegten unionsrechtlichen Drei-Stufen-Test wurde in der bisherigen EuGH-Rechtsprechung mehrfach spezifisch betont²⁶². Dabei hat der EuGH beim Rückgriff auf die genannten Erwägungsgründe nicht immer ganz sauber und einheitlich zwischen den Interessen der Urheber, Hersteller und insgesamt der Inhaber verwandter Schutzrechte an einem hohen Schutzniveau unterschieden. Vielmehr werden die Begriffe „Urheber“ bzw. „betroffener Rechtsinhaber“ zum Teil in unmittelbarer Abfolge der Urteile aufeinanderfolgend gebraucht, ohne insoweit eine erkennbare Abstufung vorzunehmen. Jedenfalls als Grundlage der im *Stichting de Thuiskopie*-Urteil entwickelten Ergebnispflicht wird ausdrücklich auf das hohe Schutzniveau „für das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte“²⁶³ verwiesen. Auch im aktuellsten, unmittelbar zum „gerechten Ausgleich“ nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie ergangenen *Luksan*-Urteil ist im Einklang mit den diesbezüglich zugrunde liegenden Ausführungen der Generalanwältin *Trstenjak* von den „betroffenen Rechtsinhabern“²⁶⁴ und dem Urheber als „eine[m] dieser Rechtsinhaber“ die Rede²⁶⁵, obwohl sich die Vorlagefrage lediglich auf die Inhaberschaft und Abtretbarkeit des Anspruchs aus der Sicht der Urheber bezog und das unmittelbare Ergebnis des Urteils dann auch in der Folge wieder auf die konkrete Beantwortung dieser Fragestellung enggeführt wird.

²⁶² Vgl. am deutlichsten die Ableitung der Ergebnispflicht im *Stichting*-Urteil, s. oben D I 2.

²⁶³ S. EuGH, Urt. v. 16.06.2011, C-462/09, ABl. EU 2011, Nr. C 232, 7 = GRUR 2011, 909, Rn. 32 – *Stichting de Thuiskopie*.

²⁶⁴ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABl. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 93, 100 – *Luksan*, wobei sich aus dem Kontext ergibt, dass sich dies auf die in Art. 2 lit. a)-e) genannten Inhaber des Vervielfältigungsrechts, konkret: die Urheber und die mit dem „gleiche[n] Recht“ versehenen Filmherstellern bezieht, vgl. aaO., Rn. 90, 91.

²⁶⁵ EuGH, Urt. v. 09.02.2012, C-277/10, ABl. EU 2012, Nr. C 80, 4 = GRUR 2012, 489, Rn. 94 – *Luksan*. Vgl. auch oben D I 4.

Auch im aktuellen Urteil in der Rechtssache VG Wort ./ Kyocera ist zwar einerseits gelegentlich im Anschluss an die ältere Padawan-Entscheidung nur von den Urhebern die Rede²⁶⁶, wird aber andererseits in der Folge im Zusammenhang mit der Einschränkung des Vervielfältigungsrechts nach Art. 2 der Informationsgesellschafts-Richtlinie eindeutig die Berechtigung der Urheber *und* Inhaber verwandter Schutzrechte auch hinsichtlich des Anspruchs auf gerechten Ausgleich klargestellt²⁶⁷.

Zu Recht ist in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen worden, dass die in Bezug genommenen Erwägungsgründe neben den Interessen der Urheber jedenfalls stets auch die Interessen der ausübenden Künstler und Hersteller nennen²⁶⁸. Insbesondere Erwägungsgrund 10 der Informationsgesellschafts-Richtlinie erwähnt allgemein die Produzenten, um dann in der Folge die Notwendigkeit einer angemessenen Vergütung gerade auch mit der Finanzierung von investitionsintensiven *Dienstleistungen*, z.B. Diensten auf Abruf, zu begründen; diesem Schutz der Refinanzierbarkeit investitionsintensiver Dienstleistungen ist auch der eigenständige Schutz der Sendeunternehmen für ihre technische Leistung im Rahmen des Art. 2 lit. e) Informationsgesellschafts-Richtlinie ohne Weiteres zuzuordnen²⁶⁹.

Dementsprechend schützt auch der unionsrechtliche Drei-Stufen-Test in Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-Richtlinie – ebenso wie Art. 13 TRIPs aber in Erweiterung des ursprünglichen konventionsrechtlichen Drei-Stufen-Tests auf Grundlage von Art. 9 Abs. 2 RBÜ – die Interessen nicht nur der Urheber, sondern die Interessen *sämtlicher Rechtsinhaber*. Auf Grundlage der – zuletzt auch von Generalanwältin *Sharpston* in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache VG Wort ./ Kyocera ausdrücklich in Bezug genommenen²⁷⁰ – WTO-Panel-Entscheidung zum Drei-Stufen-Test nach Art. 13 TRIPs, die zwar keine bindende Wirkung hat, aber zumindest eine wesentliche Auslegungshilfe darstellt²⁷¹, sind dabei der nicht zu beeinträchtigenden normalen Verwertung des Schutzgegenstands diejenigen Nutzungen zuzuordnen, die in einen wirtschaftlichen Wettbewerb zu den Nutzungsformen treten, die den Rechten des Rechtsinhabers gewöhnlich einen wirtschaftlichen Wert geben, sodass der Rechtsinhaber um einen erheblichen oder

²⁶⁶ S. u.a. EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 31 – VG Wort ./ Kyocera.

²⁶⁷ EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 61 f. – VG Wort ./ Kyocera.

²⁶⁸ Vgl. *Walter*, MR-Int 2011, 104, 105.

²⁶⁹ Insofern die Aussage des Erwägungsgrundes 10 nach der hier vertretenen Auffassung unzulässig verkürzend KG, ZUM 2009, 567, 571.

²⁷⁰ Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* v. 24.01.2013, C-457/11, Rn. 8 f. – VG Wort ./ Kyocera.

²⁷¹ Vgl. allgemein *Jackson*, The Jurisprudence of GATT & the WTO, Insights on Treaty Law and Economic Relations, 2000, S. 128 f.

spürbaren wirtschaftlichen Gewinn gebracht wird²⁷². Da die einzelnen Stufen des Tests nach insoweit praktisch einhelliger Auffassung kumulativ erfüllt sein müssen²⁷³, scheidet in solchen Fällen, in denen der „gewöhnliche“ wirtschaftliche Kernbereich des betroffenen Schutzrechts betroffen ist, eine Ausnahme oder Beschränkung des Schutzrechts also schon aufgrund der resultierenden Beeinträchtigung der normalen Verwertung aus²⁷⁴.

Unabhängig von dieser – sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich ihrer Übertragbarkeit auf den unionsrechtlichen Drei-Stufen-Test zu Recht nicht unumstrittenen²⁷⁵ – vergleichsweise weiten Interpretation der zweiten Stufe kommen jedenfalls auf der dritten Stufe der nicht ungebührlich zu verletzenden berechtigten Interessen des Rechtsinhabers *darüber hinaus* alle weiteren berechtigten Interessen des Rechtsinhabers in Betracht, die zumindest nicht ungebührlich, d.h. aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung unverhältnismäßig, beeinträchtigt werden dürfen. Dabei ist insoweit allgemein – und insbesondere auch von prominenten Vertretern einer im Vordringen befindlichen liberalen Lesart des Drei-Stufen-Tests²⁷⁶ – anerkannt, dass auf dieser dritten Stufe jedenfalls das Interesse des Rechtsinhabers an der Geltendmachung seiner anerkannten Ausschließlichkeitsrechte als berechtigtes Interesse im Sinne des Drei-Stufen-Tests anzusehen ist²⁷⁷.

Entstehen dem Rechtsinhaber hier durch die eingeräumte Möglichkeit der Privatkopie nicht unerhebliche wirtschaftliche Nachteile, so ist ein anerkanntes und in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen etabliertes Mittel zur Wiederherstellung der Verhältnismäßigkeit mit Blick auf die berechtigten Interessen

²⁷² Siehe WTO-Panel Report, WT/DS160/R v. 15.06.2000, § 6.183: "We believe that an exception or limitation to an exclusive right [...] rises to the level of a conflict with a normal exploitation of the work [...] if uses [...] enter into economic competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right to the work (i.e., the copyright) and thereby deprive them of significant or tangible commercial gains."; zustimmend *Gervais*, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, Third Edition, London 2008 2.121; *ders.*, 9 *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 1, 16 f. (2005).

²⁷³ S. für Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-Richtlinie EuGH, Urt. v. 16.06.2011, C-462/09, ABl. EU 2011, Nr. C 232, 7 = GRUR 2011, 909, Rn. 31 – *Stichting de ThuisKopie*. Vgl. für Art. 13 TRIPs WTO-Panel Report, WT/DS160/R v. 15.06.2000, § 6.97: "The three conditions apply on a cumulative basis, each being a separate and independent requirement that must be satisfied. Failure to comply with any one of the three conditions results in the Article 13 exception being disallowed."; ebenso die ganz h.L., vgl. nur *Busche/Stoll-Füller*, *TRIPs – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums*, Kommentar, 2007, Art. 13, Rn. 7 mwN.

²⁷⁴ Vgl. zuletzt mit einer ähnlich engen Lesart des europarechtlichen Drei-Stufen-Tests OLG Stuttgart, GRUR 2012, 718, 724 ff. – *Moodle*.

²⁷⁵ S. kritisch und mit einem Vorschlag für eine weitgehende Verlagerung der Prüfung im Sinne einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die dritte Stufe *Senftleben*, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 2004, S. 181 und 193 f.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200; vgl. auch *Griffiths*, IPQ 2009, 428, 441.

²⁷⁶ S. nur beispielsweise die Nachweise unten Fn. 275 und Fn. 277.

²⁷⁷ Vgl. *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 210; zustimmend *Nolte*, *Informationsmehrwertdienste und Urheberrecht*, 2009, S. 307.

des Rechtsinhabers die Zuerkennung einer angemessenen Vergütung²⁷⁸. Die Vergütungslösungen ermöglichen damit die Eröffnung neuer Nutzungsmärkte im Interesse neuer Anbieter, potentieller Nutzer und der Allgemeinheit unter gleichzeitiger Wahrung der Interessen der Rechtsinhaber durch finanzielle Beteiligung²⁷⁹. Es ist gerade dieser finanzielle Ausgleich zur Wiederherstellung der Verhältnismäßigkeit der Einschränkung des ausschließlichen Vervielfältigungsrechts, auf den Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie mit der Bedingung gerechten Ausgleichs spezifisch zielt; dies hat auch der EuGH in seiner Rechtsprechung inzwischen ausdrücklich festgehalten²⁸⁰.

Im Kontext des Drei-Stufen-Tests und des grundsätzlich zu gewährleistenden hohen Schutzniveaus betrachtet, sind insoweit für die Anknüpfung eines gerechten Ausgleichs also nicht nur unmittelbare Nachteile der Sendeunternehmen im Kernbereich der Verwertung ihrer eigenen Leistung (dies schon Beeinträchtigung der normalen Verwertung), sondern vielmehr auch sonstige Beeinträchtigungen ihrer ökonomischen Interessen aufgrund der Beschränkung ihres ausschließlichen Vervielfältigungsrechts (unzweifelhaft auf der weiter gespannten dritten Stufe) relevant. Dabei wird nicht verkannt, dass die hieran anschließende Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs einer Anpassung in den Grenzen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – etwa im Hinblick auf die Höhe der Beteiligung an der Vergütung – zugänglich ist. Doch muss jede derartige Ausgestaltung nach der insoweit schon etablierten EuGH-Rechtsprechung eben zumindest an dem den Sendeunternehmen entstehenden Schaden als Bemessungsgrundlage anknüpfen. Aus dem Zusammenhang mit dem Drei-Stufen-Test bestätigt sich, dass der insoweit zugrunde liegende Schadensbegriff (mindestens auf der dritten Stufe; auf Grundlage der WTO-Panel-Entscheidung bei Nutzungen, die zu einer substantiellen wirtschaftlichen Einbuße führen, weil sie mit der normalen Verwertungstätigkeit des Rechtsinhabers in Wettbewerb treten, sogar schon auf der zweiten Stufe) zweifelsfrei *auch mittelbare ökonomische Beeinträchtigungen* erfassen muss, sofern nicht

²⁷⁸ Dies entspricht auch gerade der aus den Materialien eindeutig belegbaren Intention der Vertragsparteien des konventionsrechtlichen Drei-Stufen-Tests auf der Stockholmer Revisionskonferenz, vgl. dazu *Reimer/Ulmer*, GRUR Int. 1967, 431, 444.

²⁷⁹ Vgl. auch schon angedeutet im spezifischen Zusammenhang der Internet-Videorecorder-Nutzungen oben C II 2.

²⁸⁰ Mit Blick auf die legislative Entstehungsgeschichte der Richtlinie war dies nicht selbstverständlich und im Vorfeld eher betont worden, der Begriff des gerechten Ausgleichs lasse an dieser Stelle bewusst größeren Spielraum. Doch ist diese Auffassung praktisch schon seit dem Padawan-Urteil des EuGH als überholt anzusehen, vgl. dazu zu dieser Entwicklung schon oben bei Fn. 82 und 113. In der Folge hat der EuGH im Stichting de Thuiskopie-Urteil die Ergebnisspflicht auf effektive Erhebung und *tatsächliche Zahlung* eines gerechten Ausgleichs ausdrücklich u.a. aus dem Konnex mit der Zielsetzung eines hohen Schutzniveaus und dem dritten Element des Drei-Stufen-Tests (gerechter Ausgleich, um eine ungebührliche Verletzung der Interessen des Rechtsinhabers zu verhindern) aus Art. 5 Abs. 5 der Informationsgesellschafts-Richtlinie abgeleitet, vgl. oben D I 2, insbesondere bei Fn. 119.

ohnehin im Lichte der neueren Rechtsprechung schlicht an den Umfang der genehmigungsfrei ermöglichten Nutzung anzuknüpfen ist²⁸¹.

b) *Systematische Auslegung im Lichte des Gesamtzusammenhangs des Unionsurheberrechts und rechtspolitische Entwicklungstendenz*

Zum selben Ergebnis führt eine Annäherung an den Schadensbegriff im Kontext des gesamten urheberrechtlichen *acquis*. Im Unionsrecht des geistigen Eigentums findet sich eine Definition zur Festsetzung des Schadens der Rechtsinhaber im Verletzungsfall in Art. 13 Durchsetzungs-Richtlinie²⁸². Demzufolge sind – neben der spezifischen Festlegung der Lizenzanalogie in Art. 13 Abs. 1 lit. b) Durchsetzungs-Richtlinie als Schadensberechnungsmethode – bei der Festsetzung des Schadensersatzes „alle in Frage kommenden Aspekte, wie die negativen wirtschaftlichen Auswirkungen, *einschließlich der Gewinneinbußen für die geschädigte Partei* und der zu Unrecht erzielten Gewinne des Verletzers“²⁸³ zu berücksichtigen. Dieser *Grundsatz der Naturalrestitution als Ausgangspunkt einer Entschädigung in Geld nebst Ersatz entgangener Gewinne* ist demnach als Schadensbegriff im *Verletzungsfall* ausschließlicher Immaterialgüterrechte im Unionsrecht bereits ausdrücklich festgelegt, was im Übrigen den entsprechenden, praktisch europaweit etablierten Grundsätzen im mitgliedstaatlichen Recht – so etwa für das deutsche Urheberrecht²⁸⁴ – entspricht. Für den im Padawan-Urteil eingeführten Schadensbegriff (in der englischen Fassung allerdings nicht „damage“, sondern „harm“ bzw. „prejudice“) wären gegenüber diesem *Mindeststandard* eines tatsächlich nachvollziehbar entstandenen und belegbaren Schadens, wenn überhaupt, eher flexiblere Maßstäbe im Sinne des Genügens allgemeiner Nachteile für den Rechtsinhaber zugrunde zu legen sein, die jedenfalls keinesfalls enger zu

²⁸¹ Vgl. in diese Richtung zuletzt EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 49 – VG Wort ./ Kyocera.

²⁸² Die besondere Bedeutung, die der EuGH in seiner gesamten Rechtsprechung zum Unionsurheberrecht dem Grundsatz einheitlicher Auslegung identischer Begriffe zu Recht beimisst (vgl. allgemein *Leistner*, Die Methodik des EuGH und die Garantenfunktion der nationalen Gerichte bei der Fortentwicklung des europäischen Urheberrechts, S. 4 ff. mit einer Befürwortung des Grundsatzes einheitlicher Auslegung, im Erscheinen (abrufbar unter https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Zivilrecht4/Manuskript_e_Leistner/Die_Methodik_des_EuGH_und_die_Garantenfunktion_der_nationalen_Gerichte_bei_der_Fortentwicklung_des_europaeischen_Urheberrechts.pdf, zuletzt abgerufen am: 11.04.2013); spezifisch bezüglich des europäischen Werkbegriffs auch *ders.*, ZGE 2013, 4, 8; s. im Übrigen auch oben D I 3), spricht wesentlich dafür, dass sich eine allfällige künftige Konkretisierung des Schadensbegriffs im Rahmen des gerechten Ausgleichs zumindest an den allgemeinen Grundsätzen für den Schadensersatz im Verletzungsfall orientieren könnte.

²⁸³ Hervorh. d. Verf.

²⁸⁴ Wandtke/Bullinger-von Wolff, UrhG, 3. Aufl., 2009, § 97, Rn. 60; Schricker/Loewenheim-Wild, UrhG, 4. Aufl., 2010, § 97, Rn. 144 und 146.

verstehen sind als der deliktsrechtliche Schadensbegriff²⁸⁵. In die gleiche Richtung weist nunmehr auch das aktuellste Urteil in Sachen VG Wort ./ Kyocera, demzufolge für den Schaden grundsätzlich an die ermöglichte genehmigungsfreie Nutzung und deren Vergütung anzuknüpfen ist²⁸⁶.

Entsprechend gehen auch die – insoweit tendenziell sogar engeren – *Vitorino*-Empfehlungen mit ihren Vorschlägen für eine weitere Konkretisierung des Schadensbegriffs allgemein davon aus, dass im Hinblick auf entgangene Umsätze durch Lizenzannahmen etc. die Rechtsinhaber jedenfalls so zu stellen seien, wie sie ohne Ausnahme oder Beschränkung des Vervielfältigungsrechts stünden²⁸⁷.

c) Zwischenergebnis

Nach alledem ist zusammenfassend festzuhalten, dass der für die Anknüpfung des gerechten Ausgleichs nach der etablierten EuGH-Rechtsprechung zentrale Schadensbegriff nach seiner bisherigen Verwendung durch den EuGH, aufgrund einer teleologischen Auslegung im Sinne der Zielsetzungen der Richtlinie, einer systematischen Auslegung im Kontext des Drei-Stufen-Tests und der Durchsetzungs-Richtlinie²⁸⁸ (und insoweit im grundsätzlichen Einklang mit rechtspolitischen Initiativen auf Unionsrechtsebene im Vorfeld möglicher weiterer Harmonisierung) jedenfalls mindestens von einem *Grundsatz der Naturalrestitution* ausgeht, der für die Inhaber des ausschließlichen Vervielfältigungsrechts entstehende ökonomische Nachteile durch entgangene Gewinne zweifellos umfassend mit erfasst. Insbesondere ist die Berücksichtigung der Beeinträchtigung der Interessen der Rechtsinhaber nicht auf die unmittelbare Beeinträchtigung der normalen Verwertung im Kernbereich ihres Vervielfältigungsrechts begrenzt, sondern erfasst grundsätzlich *auch sonstige mittelbare ökonomische Nachteile* aufgrund der durch die Ausnahme oder Beschränkung des ausschließlichen Vervielfältigungsrechts ermöglichten Nutzungen.

Dabei wird nicht verkannt, dass die weitere Ausgestaltung des hierfür fälligen gerechten Ausgleichs im Rahmen der nach der EuGH-Rechtsprechung und der Erwägungsgründe der Richtlinie verbleibenden Spielräume im Ermessen der Mitgliedstaaten steht und Differenzierungen zugänglich ist. Den Anknüpfungspunkt für eine solche Ausgestaltung muss aber nach der EuGH-Rechtsprechung jedenfalls eine Entschädigung in Geld unter Einbeziehung entgangener Gewinne bilden. Den Ansatzpunkt für auf dieser Basis verbleibende Differenzierungsmöglichkeiten des

²⁸⁵ S. *Walter*, MR-Int. 2010, 121, 122; vgl. auch *Dreier*, ZUM 2011, 281, 283.

²⁸⁶ EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 49 – VG Wort ./ Kyocera.

²⁸⁷ S. näher oben E.

²⁸⁸ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EG 2004, Nr. L 195 v. 02.06.2004, S. 16 [im Folgenden: Durchsetzungs-Richtlinie].

Anspruchs auf gerechten Ausgleich bildet dann auf dieser Grundlage der insoweit schon vorstehend diskutierte Erwägungsgrund 35 der Informationsgesellschafts-Richtlinie²⁸⁹, auf dessen Verständnis im Folgenden unter dem spezifischen Blickwinkel der den Sendeunternehmen durch die Privatkopierschranke im deutschen Recht entstehenden Schäden noch einmal zurückzukommen sein wird.

2) Situation der Sendeunternehmen im Lichte der unionsrechtlichen Vorgaben für den Schadensbegriff

Entscheidend für den Anspruch der Sendeunternehmen auf gerechten Ausgleich ist nach vorstehenden Ausführungen die Frage, ob ihnen durch die im deutschen Recht hinsichtlich ihrer Sendungen vorgesehene Privatkopierschranke ein Schaden entsteht, wobei der zugrunde liegende Schadensbegriff von einem *Grundsatz der Naturalrestitution* ausgeht, der für die Inhaber des ausschließlichen Vervielfältigungsrechts entgehende Gewinne und sonstige mittelbare ökonomische Nachteile aufgrund der durch die Ausnahme ermöglichten Nutzung mit umfasst (s. dazu unten a) und b)). Hinsichtlich des Ausgleichs *dieses* Schadens sind die gegebenenfalls auf Grundlage von Erwägungsgrund 35 verbleibenden Spielräume der Mitgliedstaaten abschließend nochmals *konkret* zu beurteilen (s. unten c)), bevor ein Zwischen- und Endergebnis formuliert werden kann (s. unten d) und F III).

a) *Die wirtschaftliche Situation der Sendeunternehmen*

In der bisherigen juristischen Diskussion wird nicht grundsätzlich bezweifelt, dass die Möglichkeit zur privaten Vervielfältigung ihrer Sendungen für die Sendeunternehmen erhebliche Einnahmeausfälle zur Folge hat. Dies belegen die vorliegenden und in Bezug genommenen Umfragen und Studien insbesondere im Hinblick auf faktisch entgangene Werbeeinnahmen aufgrund der fehlenden Werbewirksamkeit im Rahmen von privat aufgezeichneten und wiedergegebenen Sendungen, die deshalb für die Berechnung der Werbetarife nach Einschaltquoten nicht berücksichtigt werden²⁹⁰. Zieht man insoweit den Grundsatz der Naturalrestitution als Ausgangspunkt heran, so ist für eine Abschätzung des den Sendeunternehmen entstehenden Schadens aufgrund der Privatkopierausnahme darauf abzustellen, wie viele privat vervielfältigende Personen die Sendung bei nicht bestehender Möglichkeit der Privatkopie live angesehen hätten und welche zusätzlichen

²⁸⁹ S. oben F I 4.

²⁹⁰ S. die mehrfachen Zusammenfassungen aus juristischem Blickwinkel (bündig) bei *Götting*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, 2004, S. 11 f.; *Dreier*, Gutachten, S. 39 ff.; ausführlicher *Triebel*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 174 ff.; vgl. auch die ausführliche Zusammenstellung der Quellen in Verfassungsbeschwerde *VG Media*, S. 23 ff.

Werbeeinnahmen dies aufgrund der Orientierung der Werbetarife an der Einschaltquote generiert hätte. Es ist nicht Aufgabe und kann nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens sein, die diesbezüglichen Studien – die von im Durchschnitt 61% potentiell entgehenden Live-Zuschauern und entsprechenden Ausfällen bei den Werbeeinnahmen ausgehen – im Einzelnen zu bewerten oder zu diskutieren. Jedoch erscheint es nach diesen Studien zweifelsfrei, dass ein in der Summe *nicht unerheblicher Teil* der privat Sendungen kopierenden Nutzer diese Sendungen andernfalls zum Sendezeitpunkt live ansehen würde. Damit entsteht nach den vorliegenden Materialien den Sendeunternehmen diesbezüglich ein jedenfalls in der Summe nicht unerheblicher Schaden durch entgangene Werbeeinnahmen. Entsprechend wird auch von den Vertretern eines Ausschlusses der Sendeunternehmen von der Privatkopiervergütung nicht in Frage gestellt, dass jedenfalls in der Summe *nicht unerhebliche negative Auswirkungen auf die Werbeeinnahmen* der Sendeunternehmen gegeben sind²⁹¹.

Im Übrigen ist darüber hinaus festzustellen, dass auf Grundlage eines unbeschränkt gewährleisteten Vervielfältigungsrechts die Sendeunternehmen potentiell (und soweit es ihre eigene Rechtesituation gestattet) auch höhere *Lizenzentnahmen* für eigene oder fremde Aufzeichnungsangebote mit Archivierungsfunktion – etwa entsprechende Internet-Plattformen – erzielen könnten. Wenn man in diesem Bereich *primärer* Verwertungsmöglichkeiten und dafür entgangener Lizenzgebühren auf die *consumer willingness to pay* abstellen wollte, ist eine nicht ganz unerhebliche Zahlungsbereitschaft potentieller Nutzer auch in diesem Bereich unleugbar vorhanden. Diese wird im Grundsatz etwa schon durch die unterschiedlichen existierenden und für die Nutzer in nicht unerheblicher Höhe monatlich kostenpflichtigen Abonnement-Modelle der gängigen Internet-Videorecorder und ähnlicher Angebote belegt²⁹².

Nach alledem ist – ohne dass diese gesamten wirtschaftlichen Ausgangsdaten im Rahmen der hier vorliegenden rechtlichen Bewertung im Einzelnen geprüft und diskutiert werden könnten – jedenfalls mit der diesbezüglich praktisch einhelligen Meinung im neueren, diese Daten rezipierenden juristischen Schrifttum²⁹³ davon

²⁹¹ Schack, GRUR Int. 2009, 490, 493 (unter Hinweis auf *Götting*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, 2004, S. 11 f.); vgl. auch KG Berlin, Urt. v. 14.04.2009, 9 U 3/08 = ZUM 2009, 567, 571.

²⁹² Vgl. *Hansen*, c't 19/2012, 118, 120 ff., wonach sich die monatlichen Abonnement-Gebühren der gängigsten Anbieter zwischen 60 Cent (dann aber mit zusätzlichen Downloadkosten) und 15 Euro bewegen. Multipliziert man dies mit einer aufgrund von Eigenangaben (selbst nur für jeweils einzelne Unternehmen) geschätzten Nutzerzahl im mindestens mittleren fünfstelligen Bereich, ergeben sich auf dieser Grundlage selbst bei konservativer Schätzung nur für dieses spezifische Geschäftsmodell jährlich jedenfalls nicht ganz unerhebliche Beträge im Millionenbereich. Zur konkreten rechtlichen Beurteilung der existierenden Geschäftsmodelle vgl. auch am Rande oben C II 2.

²⁹³ S. die Nachweise in o. Fn. 290 und 291 (dort insbesondere auch zur Anerkennung entsprechender Einnahmeverluste bei den Vertretern der Zulässigkeit eines Ausschlusses der Sendeunternehmen von der Geräte- und Leermedienvergütung).

auszugehen, dass den Sendeunternehmen in der Summe durch die Einschränkung ihres ausschließlichen Vervielfältigungsrechts jedenfalls in *nicht unerheblichem* Umfang Einnahmen entgehen.

b) *Bewertung anhand des unionsrechtlichen Schadensbegriffs als Anknüpfung des Anspruchs auf gerechten Ausgleich*

Die Vertreter einer Zulässigkeit der Nichtbeteiligung der Sendeunternehmen am deutschen System gerechten Ausgleichs bestreiten auch nicht diesen tatsächlichen Ausgangspunkt, sondern bezweifeln vielmehr aus juristisch dogmatischer Sicht, ob die vorstehend zusammenfassend umrissenen „Schäden“ der Sendeunternehmen aufgrund der Privatkopierausnahme für die Vervielfältigung von Sendungen *überhaupt* als relevanter Anknüpfungspunkt eines Anspruchs auf gerechten Ausgleich in Betracht kommen.

Dagegen wird eingewendet, der Schutzgegenstand des Rechts der Sendeunternehmen, d.h. die technische Sendeleistung als solche, sei von der Privatkopie gar nicht betroffen, in deren Rahmen vielmehr primär lediglich das Sendegut, d.h. die gesendeten Werke und Darbietungen, genutzt würden²⁹⁴. Entsprechend bilde den Kernbereich des Rechts der Sendeunternehmen das Recht der Weitersendung und der öffentlichen Wiedergabe, da ihre Tätigkeit (im Unterschied zu Film- und Tonträgerherstellern) nicht auf Produktion und Verkauf von Vervielfältigungsstücken ausgerichtet sei²⁹⁵. Vor diesem Hintergrund seien die Einbußen, die den Sendeunternehmen durch private Vervielfältigungen bei Werbe- und Lizenzeinnahmen entstünden, eine rein reflexartige Folge der Privatkopierschranke, die mit einer Umsatzeinbuße an Vervielfältigungsstücken nichts zu tun habe, den Kernbereich der Tätigkeit der Sendeunternehmen nicht berühre und daher nicht ausgleichspflichtig sei²⁹⁶. Dies ergebe sich auch (sozusagen quantitativ) aus dem Vergleich zu Tonträger- und Filmherstellern, die von Umsatzverlusten aufgrund privater Kopien in ungleich stärkerer Weise betroffen seien als Sendeunternehmen²⁹⁷. Die Sendeunternehmen hätten es zudem in der Hand, durch entsprechende Ausgestaltung (und Erhöhung) ihrer Werbetarife für Erstsendungen selbst für die Kompensation eventueller Mindereinnahmen zu sorgen²⁹⁸. Letztlich läuft diese Argumentation darauf hinaus, hinsichtlich des Schadensbegriffs eine Art Begrenzung der Zurechenbarkeit *mittelbarer* verursachter

²⁹⁴ Schack, GRUR Int. 2009, 490, 493.

²⁹⁵ BT-Drucks. 16/1828 v. 15.06.2006, S. 17; vgl. daran anschließend auch KG Berlin, Urte. v. 14.04.2009, 9 U 3/08 = ZUM 2009, 567, 571.

²⁹⁶ BT-Drucks. 16/1828 v. 15.06.2006, S. 17; vgl. daran anschließend auch KG Berlin, Urte. v. 14.04.2009, 9 U 3/08 = ZUM 2009, 567, 571; ebenso Schack, GRUR Int. 2009, 490, 493.

²⁹⁷ BT-Drucks. 16/1828 v. 15.06.2006, S. 17 f.

²⁹⁸ Schack, GRUR Int. 2009, 490, 493.

Einnahmeausfälle der Sendeunternehmen auf Grundlage des Schutzzwecks des Vervielfältigungsrechts der Sendeunternehmen vorzunehmen.

Für eine solche Beschränkung der Zurechenbarkeit lediglich mittelbar verursachter Nachteile für die Rechtsinhaber bietet der *unionsrechtliche Schadensbegriff* aus dem Padawan-Urteil aber keinerlei Anhaltspunkt. Aus den vorstehenden Überlegungen zum unionsrechtlichen Schadensbegriff als zentralem Anknüpfungselement gerechten Ausgleichs ergibt sich vielmehr, dass im Rahmen eines Grundsatzes der Naturalrestitution auch mittelbar aufgrund der Privatkopierschranke entgangene Gewinne nach der Konzeption des Unionsrechts einen notwendigen Anknüpfungspunkt für gerechten Ausgleich bilden müssen²⁹⁹. Dies lässt für eine schon prinzipielle Begrenzung der Zurechenbarkeit nur mittelbar verursachter Schäden auf Seiten der Sendeunternehmen aus unionsrechtlicher Sicht keinen Raum³⁰⁰.

Insbesondere trägt auch der – in der deutschen Literatur herangezogene³⁰¹ – Vergleich zur Situation ökonomisch lediglich mittelbar betroffener Plattenläden und ähnlicher Vertriebsrichtungen nicht; denn diese sind – anders als die Sendeunternehmen – eben nicht Inhaber eines ausschließlichen Vervielfältigungsrechts, das den Sendeunternehmen nach der Richtlinie im Ausgangspunkt uneingeschränkt und ohne spezifische Differenzierung beim gerechten Ausgleich gewährt ist.

Damit sind grundsätzlich auch mittelbar verursachte Einnahmeausfälle der Sendeunternehmen als Schäden i.S.d. Erwägungsgrundes 35 anzusehen.

²⁹⁹ Dies entspricht hinsichtlich der Anknüpfung auch bezüglich mittelbar entgehender Gewinne dem Ansatz der dritten Stufe des Drei-Stufen-Tests aus Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-Richtlinie, derzufolge neben der normalen Verwertung auch sonstige berechnete Interessen sämtlicher Rechtsinhaber nicht ungebührlich verletzt werden dürfen.

Im Ergebnis wie hier, dabei aber in der Begründung sogar weitergehend im Übrigen *Triebel*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 254: Beeinträchtigung schon auf der zweiten Stufe nicht nur unerheblicher Beeinträchtigung der normalen Verwertung der Funksendung (auf der Grundlage der WTO-Panel-Entscheidung zur Art. 13 TRIPs, vgl. o. Fn. 272), jedenfalls aber Verletzung der berechtigten Interessen der Sendeunternehmen aufgrund der Nichtgewährung gerechten Ausgleichs. Letztlich kann die Einordnung für die hier interessierende Fragestellung dahinstehen, weil es ohnedies nicht um die allgemeineren Rahmenbedingungen des Drei-Stufen-Tests, sondern um die den Drei-Stufen-Test schon konkretisierende spezifische Regel in Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie und den diesbezüglichen Anknüpfungspunkt für die Ermittlung von Schäden geht. Diesbezüglich kommt es dann neben anderen Argumenten auf den Drei-Stufen-Test nur insofern im systematischen Zusammenhang indirekt an, als dieser jedenfalls belegt, dass hier hinsichtlich der überhaupt in Betracht kommenden Beeinträchtigungen gerade auch mittelbare Nachteile grundsätzlich zu berücksichtigen sind. S. zum Ganzen vorstehend oben F II 1.

³⁰⁰ Denn den Sendeunternehmen ist das Vervielfältigungsrecht aufgrund von Art. 2 lit. e) Informationsgesellschafts-Richtlinie eben als ausschließliches Verwertungsrecht eingeräumt worden, *ohne* dass auf der Ebene des Unionsrechts (anders als etwa im deutschen Recht und anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen) eine *spezifische* Differenzierung hinsichtlich der Beteiligung am System gerechten Ausgleichs vorgenommen worden wäre. Daraus ergibt sich im Lichte des Luksan-Urteils ein grundsätzlicher Anspruch auf gerechten Ausgleich (s. dazu schon oben D I 4 und D III), für den es hinsichtlich verbleibender Spielräume der Mitgliedstaaten für Differenzierung abschließend bei den durch Erwägungsgrund 35 *allgemein* eingeräumten Möglichkeiten bleibt (s. dazu sogleich unten F II 2 c).

³⁰¹ *Schack*, GRUR Int. 2009, 490, 493.

c) *Nochmals: Verbleibende Spielräume aufgrund von Erwägungsgrund 35 Informationsgesellschafts-Richtlinie*

Auf dieser Basis des unionsrechtlichen Schadensbegriffs sind die aufgrund von Erwägungsgrund 35 der Informationsgesellschafts-Richtlinie verbleibenden allgemeinen Spielräume für Differenzierungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten nochmals abschließend konkret bezüglich der Schäden der Sendeunternehmen zu beurteilen. Entscheidend sind die durch Erwägungsgrund 35 Satz 4 und 6 eingeräumten Spielräume für Situationen, in denen bereits eine andere oder getrennte Zahlung erfolgt ist oder ein lediglich geringfügiger Nachteil entsteht.

Dabei können spezifisch die öffentlich-rechtlichen Sendeunternehmen auf Grundlage des Erwägungsgrundes 35 Satz 4 (und auch im Übrigen aus schon zuvor anerkannten dogmatischen und ökonomischen Gründen) jedenfalls nicht auf die Finanzierung über die Rundfunkgebühren verwiesen werden, da diese mit ihrem abweichenden Anknüpfungstatbestand nicht auf die spezifische Kompensation der Verluste durch Privatkopien zielen³⁰². Ebenso wenig kann auf Grundlage des Erwägungsgrundes 35 Satz 4 der Informationsgesellschafts-Richtlinie allgemein hinsichtlich der Werbeeinnahmen argumentiert werden³⁰³, die Möglichkeit, die Werbetarife für Erstsendungen zu erhöhen, genüge für die Sendeunternehmen, um ihre Nachteile durch private Vervielfältigungen zu kompensieren³⁰⁴. Denn Erwägungsgrund 35 Satz 4 zielt nach den bisherigen Interpretationsansätzen im Unionsrecht lediglich auf Situationen, in denen der Rechtsinhaber aufgrund

³⁰² S. ebenso im Ergebnis zu Erwägungsgrund 35 Satz 4 *Triebe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 244 f.; vgl. schon in der alten Diskussion (vor Verabschiedung der Informationsgesellschafts-Richtlinie) *Krüger-Nieland*, GRUR 1982, 253, 257 (dort in Fn. 25 unter Hinweis auf den Charakter der Rundfunkgebühr als allgemeine öffentlich-rechtliche Benutzungsgebühr nach BVerwGE 29, 214). Vgl. zur grundsätzlichen Unbeachtlichkeit öffentlicher Finanzierung für den immaterialgüterrechtlichen Schutz unter allgemeinerem Blickwinkel BGH, Urt. v. 25.03.2010, I ZR 47/08 = GRUR 2010, 1004, Rn. 26 f. – Autobahnmaut: investitionsschützendes Leistungsschutzrecht des Datenbankherstellers entfällt nicht aufgrund einer garantierten Vergütung des Datenbankherstellers durch die Bundesrepublik Deutschland, aufgrund derer der Schutz seiner Investition und dadurch der notwendige Anreiz ohnedies gesichert sei; ebenso schon KG Berlin, Urt. v. 27.10.1998, 5 U 3231/98 = GRUR 1999, 721 – DEFA-Film bezüglich des Filmherstellerrechts für einen im Auftrag des damaligen Ministeriums für Kultur der DDR produzierten und finanzierten Film. Aus ökonomischer Sicht sind private und öffentlich-rechtliche Sendeunternehmen von den durch die Freistellung privater Kopien verursachten Einnahmeausfällen in grundsätzlich gleicher Weise betroffen, wobei die Größenordnung bei den gebührenfinanzierten Rundfunkanstalten naturgemäß geringer ist. Dies betrifft allerdings allein die Höhe gerechten Ausgleichs, die im Rahmen der Verteilung gegebenenfalls entsprechend angepasst werden kann. Im Übrigen kann die Beteiligung an der Kopiervergütung zu einer Reduzierung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten führen; aus ökonomischer Sicht ist die daraus resultierende Umfinanzierung insofern angemessen, als die Privatkopiervergütung eine zumindest graduell zielgenauere Erfassung derjenigen Personen ermöglicht, die von der Privatkopierschranke tatsächlich profitieren, als die allgemeine Rundfunkgebühr.

³⁰³ S. im Übrigen zum nicht tragfähigen Verweis auf die Beteiligung der Sendeunternehmen an der Geräte- und Leermedienvergütung im Hinblick auf ihre Eigenschaft als Tonträger- oder Filmhersteller schon oben F I 3.

³⁰⁴ So *Schack*, GRUR Int. 2009, 490, 493.

individueller vertraglicher Nutzungsvereinbarungen Lizenzeinnahmen erzielt hat, die sich auf Nutzungen im Bereich der Schranke bezogen, sodass die Gefahr einer *Doppelkompensation* entstünde. Darum geht es hier nicht. Das verdeutlicht ein Vergleich mit der Situation der Tonträger- und Filmhersteller. So wie die Sendeunternehmen ihre Werbetarife erhöhen und den Faktizitäten privater Nutzung aufgezeichneter Sendungen anpassen könnten, könnten auch Tonträger und Filmhersteller Verluste durch Privatkopien mittels einer entsprechenden Erhöhung ihrer Grundpreise für Originale kompensieren. Derartige Überlegungen spielen mit Blick auf Erwägungsgrund 35 Satz 4 Informationsgesellschafts-Richtlinie auch in der Tat eine Rolle, wenn die Rechtsinhaber *freiwillig* Geschäftsmodelle anbieten, in deren Rahmen sie gesetzlich vom Ausschließlichkeitsschutz ausgenommene Nutzungsformen lizenzieren und dafür zusätzliches Entgelt erzielen³⁰⁵; in solchen Fällen soll Erwägungsgrund 35 Satz 4 es ermöglichen, die dann drohende Doppelkompensation durch zusätzliche Beteiligung am gerechten Ausgleich zu verhindern. Keinesfalls aber kann die Bestimmung herangezogen werden, um eine ganze Kategorie von Rechtsinhabern *unfreiwillig* darauf zu verweisen, die durch die Privatkopie entstehenden Nachteile durch Erhöhung der Preise oder Umstellung ihrer Geschäftsmodelle zu kompensieren. Denn dies entspräche – wiederum gewendet auf die Tonträger- und Filmhersteller – dem schlichtweg vollkommenen Entzug des Anspruchs auf gerechten Ausgleich unter Hinweis auf die Möglichkeit, durch erhöhte Preise die aufgrund von Verlusten durch Privatkopien entstehenden Nachteile auszugleichen. Das aktuellste Urteil des EuGH in Sachen VG Wort ./. Kyocera bestätigt diese Überlegungen nunmehr eindeutig (im Zusammenhang des Einsatzes technischer Schutzmaßnahmen oder einer möglichen Zustimmung des Rechtsinhabers hinsichtlich Vervielfältigungshandlungen im Netz): Wenn eine Privatkopierausnahme vorgesehen ist, kann die Tatsache, dass Rechtsinhaber von der *freiwilligen* Möglichkeit, technische Schutzmaßnahmen einzusetzen, keinen Gebrauch machen, aufgrund der Freiwilligkeit dieser Option ebensowenig zum Entzug des Anspruchs auf gerechten Ausgleich führen wie etwa eine ausdrückliche oder konkludente Zustimmung des Rechtsinhabers zur Vervielfältigung seines Schutzgegenstands – denn der Schaden, der durch den partiellen Entzug des Vervielfältigungsrechts und die schon dadurch ermöglichten Nutzungen entsteht, ist von einer etwaigen (zusätzlichen) Zustimmung unabhängig, die deshalb keinen Einfluss auf den gerechten Ausgleich haben kann³⁰⁶.

Was Erwägungsgrund 35 Satz 6 der Informationsgesellschafts-Richtlinie anbetrifft, wurde vorstehend bereits festgestellt, dass diese Bestimmung nach der bisherigen

³⁰⁵ Vgl. oben bei Fn. 193.

³⁰⁶ S. EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 30 ff. und 57 f. – VG Wort ./. Kyocera: allenfalls bei technischen Schutzmaßnahmen Differenzierung bei der konkreten Höhe des geschuldeten Ausgleichs möglich, um Anreize für den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen zu setzen.

EuGH-Rechtsprechung die Abweichung von einer punktgenauen Naturalrestitution als Anknüpfungspunkt gerechten Ausgleichs im Hinblick auf *einzelne Nutzungsakte individueller Nutzer* gestattet. Die Erläuterung wird also vom EuGH als de minimis-Regelung interpretiert, die gewisse Pauschalierungen im Rahmen eines allgemeinen Interessenausgleichs gestattet. Dies kann aber schon aus dogmatischer Sicht keinesfalls den Ausschluss einer ganzen Kategorie von Rechtsinhabern mit Blick auf Schutzgegenstand und -zweck ihres Schutzrechts rechtfertigen. Denn während die bisherige Interpretation des Erwägungsgrundes 35 Satz 6 durch den EuGH auf den *quantitativ* geringen, individuellen Umfang einzelner Nutzungsakte zielt, liefert letztere Argumentation auf einen sozusagen qualitativen dogmatischen Ausschluss einer ganzen Kategorie in der quantitativen Summe unzweifelhaft und unbezweifelt *erheblicher* Nachteile aufgrund von Zurechnungsüberlegungen hinaus³⁰⁷. Dies kann Erwägungsgrund 35 Satz 6 schon nach seiner Grundkonzeption nicht decken. Angesichts des jeweils zweifellos zumindest in der absoluten Summe erheblichen Gesamtumfangs entstehender Schäden durch Verluste bei den Werbeeinnahmen gilt dies im Übrigen gleichermaßen für private Sendeunternehmen wie für öffentlich-rechtliche Rundfunkunternehmen³⁰⁸.

d) *Zwischenergebnis*

Damit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass die Schäden der Sendeunternehmen, an denen der Anspruch auf gerechten Ausgleich nach der Padawan-Rechtsprechung zu orientieren ist, auf Grundlage des Prinzips der Naturalrestitution grundsätzlich den gesamten entgangenen Gewinn auch einschließlich nur mittelbar verursachter Nachteile aufgrund der durch die Privatkopierausnahme ermöglichten Nutzungen umfassen.

Vor diesem Hintergrund ist der Schaden der Sendeunternehmen in Deutschland, der den Anknüpfungspunkt für den Anspruch auf gerechten Ausgleich bildet, jedenfalls

³⁰⁷ Ebenso im Ergebnis für die privaten Sendeunternehmen *Triebe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 246 ff.

³⁰⁸ A.A., insoweit aber widersprüchlich zu seinen Ausführungen zu Erwägungsgrund 35 Satz 4 *Triebe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 247. Soweit *Triebe*, aaO., im Übrigen davon ausgeht, für die öffentlich-rechtlichen Sender seien die Ausfälle bei den Werbeeinnahmen deshalb „geringfügig“ i.S.d. Erwägungsgrundes 35 Satz 6, weil ihnen im Verhältnis zu den privaten Sendeunternehmen ein ungleich geringerer Nachteil entstehe, verkennt dies den absoluten Charakter der auch von ihm so bezeichneten Bagatellklausel des Erwägungsgrundes 35 Satz 6. Insbesondere kommt es für Erwägungsgrund 35 Satz 6 nicht darauf an, welchen Anteil die durch die Privatkopierschranke verursachten Einnahmeausfälle am Gesamtbudget des betroffenen Sendeunternehmens haben. Vielmehr käme die Anwendung der de minimis-Klausel, unabhängig vom Vergleich mit der Situation privater Sendeunternehmen und vom Verhältnis zum Gesamtbudget, nur dann in Betracht, wenn die durch die Privatkopierschranke verursachten Einnahmeausfälle der öffentlich-rechtlichen Sender *in der absoluten Summe* so geringfügig wären, dass sie etwa einem Einzelfall privater Kopie durch einen individuellen Nutzer entsprächen. Davon kann aber ersichtlich nicht die Rede sein.

nicht nur unerheblich i.S.d. Erwägungsgrundes 35 Satz 6 der Informationsgesellschafts-Richtlinie.

Die Sendeunternehmen können auch nicht auf ihre Beteiligung an der Privatkopiervergütung in ihrer Eigenschaft als Tonträger- oder Filmhersteller als Zahlung in anderer Form i.S.d. Erwägungsgrundes 35 Satz 4 der Informationsgesellschafts-Richtlinie verwiesen werden. Denn für eine derartige Verrechnung mit Blick auf ihren je eigenständigen, unmittelbaren und originären Anspruch auf gerechten Ausgleich aufgrund der Einschränkung des eigenständigen Vervielfältigungsrechts nach Art. 2 lit. e) Informationsgesellschafts-Richtlinie lässt die Richtlinie nach der Luksan-Rechtsprechung des EuGH keinen Raum³⁰⁹.

III. Ergebnis bezüglich der Vereinbarkeit des deutschen Rechts mit der unionsrechtlichen Vorgabe der Art. 2 lit. e) i.V.m. Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie

Damit ergibt sich als unionsrechtliche Vorgabe für das mitgliedstaatliche Recht, dass auch die Sendeunternehmen als Rechtsinhaber i.S.d. Art. 2 lit. e) Informationsgesellschafts-Richtlinie einen eigenständigen, unmittelbaren und originären Anspruch auf gerechten Ausgleich im Rahmen des Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie haben.

Dieser Anspruch ist an den Schäden zu orientieren, die ihnen durch die im deutschen Recht vorgesehene Privatkopierschranke entstehen. Diese Schäden als Anknüpfungspunkt erfassen entgangenen Gewinn insbesondere auch einschließlich nur mittelbar verursachter Nachteile. Soweit sie in diesem Umfang in der Summe nicht lediglich quantitativ unerheblich sind oder schon eigenständig und spezifisch, insbesondere im Rahmen individueller Lizenzvereinbarungen, ausgeglichen werden, sind sie im Wege gerechten Ausgleichs finanziell zu kompensieren. Beides ist im Hinblick auf die den deutschen Sendeunternehmen durch die Ermöglichung der genehmigungsfreien privaten Kopie ihrer Sendungen entstehenden Nachteile nicht der Fall. Daher ist ihnen die tatsächliche Zahlung gerechten Ausgleichs nach der Stichting de Thuis kopie-Entscheidung im Sinne einer Ergebnisspflicht effektiv zu gewährleisten.

Dabei können die vorstehend angedeuteten Überlegungen zu anderweitigen (indirekten) Vorteilen der Sendeunternehmen im Gesamtzusammenhang des deutschen Urheberrechts³¹⁰ und zu ihrer quantitativ (im Vergleich zu den Tonträger- und Filmherstellern) möglicherweise nur geringeren Betroffenheit im Hinblick auf den

³⁰⁹ S. oben D I 4.

³¹⁰ Vgl. zusammenfassend aus der Sicht des Gesetzgebers des II. Korbes schon oben C I.

Kern ihrer Verwertungstätigkeit hinsichtlich der *Höhe* des Anspruchs auf gerechten Ausgleich unter Umständen zu Differenzierungen Anlass geben. Dies kann aber *nicht* dazu führen, dass der Zahlungsanspruch der Sendeunternehmen *auf Null* reduziert würde und damit im Ergebnis ganz entfiel³¹¹.

Für die Situation im deutschen Recht bedeutet das, dass der derzeitige explizite Ausschluss der Sendeunternehmen von der Geräte- und Leermedienvergütung gemäß § 87 Abs. 4 UrhG mit zwingenden Vorgaben des Unionsurheberrechts insofern unvereinbar ist, als die Sendeunternehmen aufgrund der derzeitigen Rechtslage in Deutschland keinerlei finanziellen Ausgleich in Form eines eigenständigen Zahlungsanspruchs für die ihnen durch die im deutschen Recht vorgesehene Privatkopierschranke entstehenden Einbußen erhalten.

IV. Konsequenzen für den Gesetzgeber und für die richtlinienkonforme Auslegung bzw. Rechtsfortbildung

1) Konsequenzen für den Gesetzgeber

Die derzeitige rechtliche Lage in Deutschland, in deren Rahmen für die Sendeunternehmen kein eigenständiger Anspruch auf gerechten Ausgleich vorgesehen ist, verstößt demnach gegen Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie. Dies erfordert ein Tätigwerden des Gesetzgebers.

Grundsätzlich ist die Bundesrepublik Deutschland dabei frei, einen solchen Ausgleich in den Grenzen des Unionsrechts differenziert auszugestalten. Dies betrifft insbesondere die Höhe eines allfälligen Anspruchs, nicht aber das Prinzip, dass der gerechte Ausgleich als finanzieller Ausgleich in Form eines Zahlungsanspruchs zu gewährleisten ist, der sich grundsätzlich an den Schäden der Sendeunternehmen aufgrund der bestehenden Privatkopierschranke im deutschen Recht orientieren muss.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen eines einmal etablierten Systems gerechten Ausgleichs auf Grundlage von Geräte- und Leermedienabgaben und einer daraus finanzierten Vergütung (wie in Deutschland) auch eine gewisse Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu konzeptioneller Konsistenz besteht, wie dies der EuGH in seiner Luksan-Entscheidung mit Blick auf den eigenständigen Anspruch der Filmurheber auf gerechten Ausgleich verdeutlicht hat³¹². Weiter sprechen praktische Erwägungen im Hinblick auf das etablierte und funktionsfähige System der Geräte- und Leermedienabgabe, das jedenfalls eine effektive Erhebung und Zahlung

³¹¹ Vgl. im anderen (spezifischen) Zusammenhang des Einsatzes technischer Schutzmaßnahmen nunmehr eindeutig auch EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11-460/11, Rn. 57 ff. – VG Wort ./ Kyocera.

³¹² S. oben C I 4 b.

gerechten Ausgleichs im Sinne der Stichting de ThuisKopie-Entscheidung garantieren würde, entscheidend dafür, eine Lösung für den gerechten Ausgleich der Sendeunternehmen gerade im Wege der Beteiligung an dem kollektiv organisierten und regulierten System der Geräte- und Leerträgerabgabe zu wählen. Denn jede konzeptionell abweichende Ausgestaltung des Anspruchs der Sendeunternehmen auf gerechten Ausgleich stünde aus unionsrechtlicher Perspektive aufgrund der durch das Luksan-Urteil auch in Situationen der Schutzrechtskumulierung je eigenständig gewährleisteten Ansprüche der Rechtsinhaber auf gerechten Ausgleich und insbesondere aufgrund der im Stichting-Urteil niedergelegten Ergebnisspflicht zur praktisch effektiven Sicherstellung einer finanziellen Kompensation unter gewissem Rechtfertigungsdruck. Der deutsche Gesetzgeber hatte diesen – praktischen, systematischen und aufgrund der Ergebnispflicht und der Verpflichtung zu gewisser konzeptioneller Konsistenz insoweit auch *europarechtlich fundierten* – Aspekten hinsichtlich der *Form* des gerechten Ausgleichs bei seinen Überlegungen im Rahmen des II. Korbes auch durchaus Rechnung getragen, indem mit Blick auf einen eigenständigen Anspruch der Sendeunternehmen auf gerechten Ausgleich einzig eine Beteiligung an der Geräte- und Leermedienvergütung erwogen, wenn auch letztlich nicht weiter verfolgt wurde. Dem entsprechen hinsichtlich der Umsetzung des Anspruchs auf gerechten Ausgleich in das deutsche Recht auch die einschlägigen Reformvorschläge in der aktuellen Literatur³¹³.

Dieser Grundrichtung schon der damaligen Reformdiskussion entsprechend geht deshalb die einfachste, systematisch konsistenteste, praktisch effektivste und daher aus unionsrechtlicher Perspektive für den deutschen Gesetzgeber *sicherste* Lösung zur Anpassung des deutschen Rechts an die unionsrechtliche Vorgabe nach derzeitiger Rechtslage dahin, den letzten Teil des § 87 Abs. 4 UrhG zu streichen und so die grundsätzliche Beteiligung der Sendeunternehmen an der Geräte- und Leermedienvergütung sicherzustellen. Die Festlegung der quotalen Höhe dieser Beteiligung hinsichtlich der einzelnen Abgaben bliebe auf dieser Basis, insoweit genau entsprechend den etablierten Strukturen der Privatkopierabgabe in Deutschland, einer diesbezüglichen Einigung der beteiligten Kollektivparteien überlassen.

2) Konsequenzen für die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung

Zugleich besteht schon derzeit aufgrund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 228 Abs. 3 AEUV und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 4 Abs. 3 AEUV nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH eine

³¹³ Vgl. insbesondere ausführlich *Triebel*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 221 ff. und zusammenfassend S. 261 (allerdings nach seiner Auffassung nur für Privatsender und unter Ausschluss von Livesendungen [vgl. dazu näher oben B II]).

unionsrechtliche Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung bis an die Grenze des nach mitgliedstaatlichem Recht methodisch zulässigen Spielraums³¹⁴. Dies beinhaltet nach der diesbezüglichen Rechtsprechung des BGH zur Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie³¹⁵ auch ein Gebot zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung des nationalen Rechts, soweit dies methodisch möglich ist³¹⁶. Die methodische Grenze zulässiger Rechtsfortbildung ist nach der Rechtsprechung des BGH erst dann erreicht, wenn eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Fehlumsetzung der europarechtlichen Vorgabe durch den deutschen Gesetzgeber nicht erkennbar ist³¹⁷.

Diese allgemeinen methodischen Grundsätze gelten auch mit Blick auf die hier untersuchungsgegenständliche Problematik. Insbesondere ist festzuhalten, dass der EuGH bezüglich der Ergebnisspflicht zur Sicherstellung der tatsächlichen Zahlung gerechten Ausgleichs in der Stichting de Thuiskopie-Entscheidung ausdrücklich eine Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Gerichte angenommen hat, „sich um eine Auslegung des nationalen Rechts zu bemühen, die im Einklang mit dieser Ergebnisspflicht steht und die Erhebung dieses gerechten Ausgleichs ... gewährleistet“³¹⁸. Diese Verpflichtung der Gerichte des Mitgliedstaates, in dessen Hoheitsgebiet die durch die Privatkopierschranke ermöglichte Nutzung stattfindet, zur richtlinienkonformen Auslegung ihres nationalen Rechts wird in dem Urteil sogar unter Umständen bestätigt, unter denen mit Blick auf Anbieter von Leermedien mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten ersichtlich die Gefahr systemwidriger Verwerfungen und drohender Doppelzahlungen der Anbieter bestand (und seither in der Literatur diskutiert wird)³¹⁹. Die Gerichte werden durch den EuGH also auch im Vorgriff auf eine systematisch umfassende und widerspruchsfreie gesetzgeberische Lösung für grenzüberschreitende Vertriebssituationen zur richtlinienkonformen Auslegung ihres nationalen Rechts mit dem Ziel der „tatsächlichen Zahlung eines gerechten

³¹⁴ Ständige Rechtsprechung, s. EuGH, Urt. v. 10.04.1984, C-14/83, Slg. I 1984, 01891, Rn. 26 – von Colson und Kamann ./ Nordrhein-Westfalen; EuGH, Urt. v. 05.10.2004, C-397-403/01, Slg. I 2004, 08835, Rn. 113 – Pfeiffer u.a. ./ Deutsches Rotes Kreuz. Vgl. auch BGH, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05 = NJW 2009, 427, Rn. 19 – Quelle. Demgegenüber prüft *Triebe*, Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 255 f., insoweit verkürzend nur eine hiervon zu unterscheidende unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie (die er verneint), was allerdings auch darauf zurückzuführen sein mag, dass die Quelle-Rechtsprechung zum Zeitpunkt des Erscheinens seiner Untersuchung noch nicht existierte.

³¹⁵ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG 1999, Nr. L 171/12 v. 07.07.1999.

³¹⁶ BGH, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05 = NJW 2009, 427, Rn. 21 – Quelle; BGH, Urt. v. 21.12.2011, VIII ZR 70/08 = NJW 2012, 1073, Rn. 30.

³¹⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05 = NJW 2009, 427, Rn. 22 ff. – Quelle; BGH, Urt. v. 21.12.2011, VIII ZR 70/08 = NJW 2012, 1073, Rn. 31 ff.

³¹⁸ EuGH, Urt. v. 16.06.2011, C-462/09, ABl. EU 2011, Nr. C 232, 7 = GRUR 2011, 909, Rn. 39 – Stichting de Thuiskopie. Vgl. auch oben D I 2.

³¹⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.06.2011, C-462/09, ABl. EU 2011, Nr. C 232, 7 = GRUR 2011, 909, Rn. 40 – Stichting de Thuiskopie, und zu der hier angesprochenen Problematik näher *Walter*, MR-Int 2011, 141, 144 f.; vgl. im Übrigen allgemein auch oben D I 2.

Ausgleichs“ an die Rechtsinhaber verpflichtet³²⁰. Die deutschen Gerichte als Träger der öffentlichen Gewalt sind demnach mit Blick auf Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie auf Grundlage dieser EuGH-Rechtsprechung konkret dazu verpflichtet, zur Erreichung der Zielsetzung tatsächlicher und effektiver Zahlung eines gerechten Ausgleichs an die Sendeunternehmen das deutsche Recht unter Nutzung aller zur Verfügung stehenden Spielräume richtlinienkonform auszulegen.

Vor dem Hintergrund der bestehenden gesetzlichen Regelung mit dem grundsätzlich etablierten System der Geräte- und Leermedienvergütung, an der die Sendeunternehmen aufgrund des kupierten Verweises in § 87 Abs. 4 UrhG aber nicht beteiligt sind, bildet eine teleologische Reduktion des insoweit maßgeblichen letzten Halbsatzes von § 87 Abs. 4 UrhG *für die deutschen Gerichte* den derzeit *einzig möglichen* methodischen Ansatz zur Erfüllung der Ergebnispflicht auf tatsächliche Zahlung eines gerechten Ausgleichs an die Sendeunternehmen. Da die nationalen Gerichte verpflichtet sind, den ihnen zur Verfügung stehenden methodischen Spielraum bis an seine äußerste Grenze auszuschöpfen, um der unionsrechtlichen Ergebnispflicht zu genügen, ist dieser methodische Weg zu wählen. Anders als dem Gesetzgeber, dem insoweit im Rahmen einer umfassenden Lösung gegebenenfalls größere Spielräume eingeräumt wären³²¹, steht den Gerichten also keine andere Alternative zur Verfügung, da ihre unionsrechtliche Verpflichtung, sich um eine Auslegung des deutschen Rechts zu bemühen, die mit der Ergebnispflicht im Einklang steht, an die Möglichkeiten zur richtlinienkonformen Auslegung gebunden ist, die die bestehende gesetzliche Lage lässt.

Methodische Voraussetzung für eine teleologische Reduktion des § 87 Abs. 4 UrhG mit der Folge der Anwendbarkeit des § 54 UrhG auf die Sendeunternehmen wäre nach der einschlägigen BGH-Rechtsprechung eine „verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes“ aufgrund grundsätzlich bestehenden Umsetzungswillens des deutschen Gesetzgebers³²². Aus der Begründung des Gesetzgebers zum II. Korb der deutschen Urheberrechtsreform ergibt sich ausdrücklich, dass der Gesetzgeber der Auffassung war, aufgrund der Informationsgesellschafts-Richtlinie nicht zur Sicherstellung einer Kompensation der den Sendeunternehmen entstehenden Schäden durch einen eigenständigen Zahlungsanspruch verpflichtet zu sein³²³. Es liegt also eine verdeckte

³²⁰ Ebenso *Bonadio/Bellezza*, EIPR 2011, 33(11), 733 f., die dieses Ergebnis ebenfalls hervorheben, sich insoweit aber unter Hinweis auf die differenziertere Stellungnahme in den Schlussanträgen des Generalanwalts *Jääskinen* kritisch mit Blick auf die dadurch konkret hervorgerufenen Widersprüche äußern.

³²¹ Vgl. vorstehend F IV 1.

³²² Vgl. BGH, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05 = NJW 2009, 427, Rn. 22 ff. – Quelle; BGH, Urt. v. 21.12.2011, VIII ZR 70/08 = NJW 2012, 1073, Rn. 31 ff.

³²³ BT-Drucks. 16/1828 v. 15.06.2006, S. 16 ff.

Regelungslücke vor, weil der Gesetzgeber bei grundsätzlich bestehendem Umsetzungswillen der unzutreffenden Auffassung war, die derzeitige Lage im deutschen Recht entspreche insoweit schon der Richtlinienvorgabe³²⁴. Damit sind die deutschen Gerichte verpflichtet, ihrer Ergebnispflicht mit Blick auf die tatsächliche Zahlung eines gerechten Ausgleichs durch richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege teleologischer Reduktion des letzten Halbsatzes von § 87 Abs. 4 UrhG nachzukommen und solcherart einen gerechten Ausgleich für die Sendeunternehmen bezüglich privater Nutzungen in der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleisten. Die Norm wird dadurch auch nicht jeglichen Regelungsgehalts entkleidet, da es bei einer differenzierten Rechtsgrundverweisung auf die Vorschriften des Teils 1 Abschnitt 6 mit einer Ausnahme (bezüglich § 47 Abs. 2 UrhG) bleibt. Nach alledem ist eine teleologische Reduktion des § 87 Abs. 4 UrhG mit dem Ziel der Sicherstellung eines tatsächlichen und effektiven Zahlungsanspruchs der Sendeunternehmen auf gerechten Ausgleich durch Beteiligung an der Geräte- und Leermedienvergütung auf Grundlage von § 54 Abs. 1 UrhG nach der konkret einschlägigen Rechtsprechung des EuGH europarechtlich geboten und nach der Rechtsprechung des BGH als richtlinienkonforme Rechtsfortbildung möglich und zwingend vorzunehmen³²⁵.

Soweit an der entsprechenden unionsrechtlichen Verpflichtung Zweifel bestehen, wäre die Frage eines eigenständigen Anspruchs der Sendeunternehmen auf Zahlung eines gerechten Ausgleichs in einem Rechtsstreit, für den die Anwendbarkeit des § 54 Abs. 1 UrhG auf Sendeunternehmen entscheidungserheblich ist, dem EuGH nach Art. 267 AEUV zur *Vorabentscheidung* vorzulegen. Der BGH wäre hierzu nach Art. 267 AEUV als letztinstanzliches mitgliedstaatliches Gericht verpflichtet. Denn angesichts der methodisch bestehenden Möglichkeit zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des letzten Halbsatzes von § 87 Abs. 4 UrhG, die aufgrund der europarechtlichen Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung gegebenenfalls zwingend geboten wäre, wäre dann folgerichtig auch die Auslegung der europarechtlichen Vorgabe des Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie für das Ergebnis eines solchen Rechtsstreits im deutschen Recht entscheidungserheblich.

Dies gilt im Übrigen selbst dann, wenn aus Sicht des mitgliedstaatlichen Gerichts Zweifel daran bestünden, ob die Informationsgesellschafts-Richtlinie die Frage eines Anspruchs der Sendeunternehmen auf gerechten Ausgleich *überhaupt* determiniert; denn derartige Zweifel betreffend den Konkretisierungsgrad der unionsrechtlichen

³²⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05 = NJW 2009, 427, Rn. 24 – Quelle; BGH, Urt. v. 21.12.2011, VIII ZR 70/08 = NJW 2012, 1073, Rn. 33 f.

³²⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05 = NJW 2009, 427, Rn. 22 ff. – Quelle; BGH, Urt. v. 21.12.2011, VIII ZR 70/08 = NJW 2012, 1073, Rn. 31 ff., wo jeweils ebenfalls eine teleologische Reduktion der zugrunde liegenden Bestimmungen des BGB möglich und geboten war.

Vorgabe könnten wiederum nur vom EuGH durch Auslegung der Richtlinie geklärt werden³²⁶. Dies hat in seiner Entscheidung zur Staatshaftungsklage im Vorfeld der hier schwerpunktmäßig untersuchten neueren EuGH-Rechtsprechung auch schon das BVerfG³²⁷ ausdrücklich so bestätigt; soweit eine Vorlage an den EuGH in diesem Verfahren nicht erfolgte, war dies nur darauf zurückzuführen, dass nach insoweit durch das BVerfG unbeanstandeter Auffassung des BGH die von der hier untersuchten Fragestellung zu unterscheidende Frage eines hinreichend qualifizierten Verstoßes von den mitgliedstaatlichen Gerichten beurteilt werden kann³²⁸. Für die hier gegenständliche Frage wäre demgegenüber eine Vorlage zum EuGH bei Zweifeln an der diesbezüglichen Auslegung der Informationsgesellschafts-Richtlinie gegebenenfalls für den BGH zwingend geboten.

Aus rechtspolitischer Sicht sollte eine solche Vorlage im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens darüber hinaus möglichst bald (und insofern gegebenenfalls auch durch ein zur Vorlage nicht unmittelbar verpflichtetes Untergericht³²⁹) erfolgen. Denn bezüglich der Frage der Einzelheiten des Anspruchs der Sendeunternehmen auf gerechten Ausgleich ist eine kurzfristige Klärung durch den Unionsgesetzgeber derzeit nicht zu erwarten. Unter diesen Umständen scheint eine zeitnahe Vorlage auch mit Blick auf die andernfalls im Lichte der zwischenzeitlich vorliegenden oder noch ergehenden EuGH-Rechtsprechung möglicherweise erneut aufzuwerfende Frage der Staatshaftung wünschenswert, um die diesbezügliche Rechtslage endgültig zu klären. Angesichts der Tatsache, dass eine letztlich spezifische Klärung der Frage durch den EuGH demnach auf Grundlage von Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie ohnedies mittelfristig im Raum stehen dürfte, ist auch aus allgemein rechtspolitischen Gründen eine Vorlage der hier gegenständlichen Frage zum EuGH gerade aus Sicht und auf Initiative der deutschen Gerichte wünschenswert. Denn grundsätzlich können Fragen des Unionsurheberrechts auf diese Weise am Ehesten in einer vor dem Hintergrund der Rechtslage in Deutschland vorstrukturierten und für den Dialog der mitgliedstaatlichen Gerichte mit dem EuGH aus Sicht des deutschen Rechts zielführenden, insbesondere sorgsam begründeten Art und Weise zur Entscheidung

³²⁶ S. oben D I 1; vgl. für ein konkretes Beispiel auch die erste Vorlagefrage des niederländischen Hoge Raad im Stichting de ThuisKopie-Verfahren, die dahingehend lautete, ob die Informationsgesellschafts-Richtlinie, insbesondere in Art. 5 Abs. 2 lit. b) *überhaupt* Anknüpfungspunkte zur Bestimmung des Schuldners des gerechten Ausgleichs im nationalen Recht enthalte, s. EuGH, Urt. v. 16.06.2011, C-462/09, ABI. EU 2011, Nr. C 232, 7 = GRUR 2011, 909, Rn. 17 und 18 ff. – Stichting de ThuisKopie.

³²⁷ BVerfG, Beschl. v. 10.11.2010, 1 BvR 2065/10 = ZUM 2011, 236, Rn. 28; vgl. in die gleiche Richtung auch schon BGH, Urt. v. 24.06.2010, III ZR 140/09 = GRUR 2010, 924, Rn. 16.

³²⁸ S. oben C II 1.

³²⁹ Auch in dem der Padawan-Entscheidung zugrunde liegenden Verfahren hatte im Übrigen mit der Audiencia Provincial de Barcelona ein nicht unmittelbar zur Vorlage verpflichtetes spanisches Gericht dem EuGH das Vorabentscheidungsersuchen mit Entscheidung v. 15.09.2008 vorgelegt.

vorgelegt werden³³⁰. Nach alledem wäre aus rechtspolitischer Sicht eine möglichst baldige Vorlage – in diesem speziellen Falle einer praktisch allein durch das Unionsrecht geprägten, grundsätzlichen Fragestellung gegebenenfalls auch schon durch ein Untergericht – zu wünschen, sofern man die diesbezügliche Rechtslage im Unionsrecht noch nicht für geklärt erachtet.

Abschließend ist festzuhalten, dass die hier festgestellte Verpflichtung der deutschen Gerichte zur richtlinienkonformen Reduktion des § 87 Abs. 4 UrhG mit Blick auf den Ausschluss der Sendeunternehmen von der Geräte- und Leermedienvergütung (Verweis auf § 54 UrhG) aufgrund des europarechtlichen Gebots vollständiger, effektiver und klarer Richtlinienumsetzung³³¹ stets nur eine vorübergehende Maßnahme zur Herstellung eines unionsrechtskonformen Zustands darstellen kann. Perspektivisch ist der Gesetzgeber berufen, aufgrund der bestehenden unionsrechtlichen Lage einen finanziellen Anspruch der Sendeunternehmen auf gerechten Ausgleich sicherzustellen, für den die Einbußen der Sendeunternehmen aufgrund der Privatkopierschranke in Deutschland die Bemessungsgrundlage bilden müssen³³².

³³⁰ Vgl. allgemein *Leistner*, Die Methodik des EuGH und die Garantenfunktion der nationalen Gerichte bei der Fortentwicklung des europäischen Urheberrechts, S. 8 ff. und insbesondere S. 12 f., im Erscheinen (abrufbar unter https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Zivilrecht4/Manuskripte/Leistner/Die_Methodik_des_EuGH_und_die_Garantenfunktion_der_nationalen_Gerichte_bei_der_Fortentwicklung_des_europaeischen_Urheberrechts.pdf).

³³¹ Vgl. ständige Rechtsprechung EuGH, Urt. v. 23.05.1985, C-29/84, Slg. 1985, 1661, Rn. 23 und 28 – Kommission ./ Deutschland; EuGH, Urt. v. 09.04.1987, C-363/85, Slg. 1987, 1733, Rn. 7 – Kommission ./ Italien; EuGH, Urt. v. 03.03.1988, C-116/86, Slg. 1988, 1323, Rn. 21 – Kommission ./ Italien; EuGH, Urt. v. 15.03.1990, C-339/87, Slg. 1990, I-851, Rn. 6 f. – Kommission ./ Niederlande; EuGH, Urt. v. 28.02.1991, C-360/87, Slg. 1991, I-791, Rn. 11 f. – Kommission ./ Italien; EuGH, Urt. v. 28.02.1991, C-131/88, Slg. 1991, I-825, Rn. 6 – Kommission ./ Deutschland; EuGH, Urt. v. 30.05.1991, C-361/88, Slg. 1991, I-2567, Rn. 15 – Kommission ./ Deutschland; EuGH, Urt. v. 30.05.1991, C-59/89, Slg. 1991, I-2607, Rn. 18 – Kommission ./ Deutschland; EuGH, Urt. v. 17.10.1991, C-58/89, Slg. 1991, I-4983, Rn. 13 – Kommission ./ Deutschland; EuGH, Urt. v. 20.05.1992, C-190/90, Slg. 1992, I-3265, Rn. 17 – Kommission ./ Niederlande; EuGH, Urt. v. 11.08.1995, C-433/93, Slg. 1995, I-2303, Rn. 18 – Kommission ./ Deutschland.

³³² S. oben F IV 1.

Zusammenfassung der Ergebnisse

- 1) Die derzeitige Gesetzeslage in Deutschland mit dem Ausschluss der Sendeunternehmen von der Beteiligung an der Geräte- und Leermedienvergütung (§ 54 UrhG) gemäß § 87 Abs. 4 UrhG verstößt im Lichte der neueren EuGH-Rechtsprechung zum „gerechten Ausgleich“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 lit. b) Informationsgesellschafts-Richtlinie gegen die Vorgaben des europäischen Urheberrechts.
- 2) Eine einstweilige Korrektur im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des § 87 Abs. 4 UrhG ist möglich und zwingend dahingehend geboten, dass die Norm aufgrund der europarechtlichen Vorgabe lediglich die Anwendung des § 47 Abs. 2 S. 2 UrhG ausschließt.
- 3) Dennoch besteht wegen des Gebots klarer Richtlinienumsetzung gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Der deutsche Gesetzgeber ist verpflichtet, zugunsten der Sendeunternehmen die tatsächliche Zahlung eines gerechten Ausgleichs sicherzustellen. Dabei ist als Bemessungsgrundlage an den den Sendeunternehmen durch die Privatkopierschranke entstehenden Schaden anzuknüpfen. In diesem Zusammenhang spricht neben praktischen Gründen und dem (auch europarechtlich fundierten) Aspekt konzeptioneller Konsistenz insbesondere das europarechtliche Gebot praktischer Wirksamkeit, das mit Blick auf den gerechten Ausgleich vom EuGH zu einer Ergebnisspflicht zur effektiven Gewährleistung eines tatsächlichen Zahlungsanspruchs verdichtet wurde, für eine Lösung durch Streichung des letzten Halbsatzes des § 87 Abs. 4 UrhG und Einbeziehung der Sendeunternehmen in die Geräte- und Leermedienabgabe gemäß § 54 UrhG.